

JULIANA CABRAL LIMA

**SUPERENDIVIDAMENTO: A BUSCA PELO
TRATAMENTO JUSTO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Pós-graduação em Contratos e Responsabilidade Civil do Instituto de Direito Público de Brasília – IDP, sob a orientação do Prof. Me. Ricardo Morishita Wada.

BRASÍLIA
2010

SUMÁRIO

Resumo	3
Abstract	4
Introdução	5
Capítulo 1: A formação da sociedade do crédito	8
1.1 Breve visão da teoria da justiça de John Rawls.....	8
1.2 O direito à informação no ordenamento jurídico.....	12
1.3 Princípios norteadores dos contratos no Estado Social.....	17
1.3.1 Função social do contrato.....	17
1.3.2 A boa-fé objetiva.....	22
1.4 A alteração do paradigma contratual na sociedade do crédito.....	26
1.4.1 Complexidade das relações.....	26
1.4.2 Déficit de consentimento.....	28
1.4.3 O contexto do consumidor na sociedade do crédito.....	32
Capítulo 2: O superendividamento	36
2.1 Conceito e importância do estudo da figura jurídica do superendividamento.....	36
2.2 Fatores geradores do superendividamento.....	38
2.3 A oferta do crédito no mercado.....	42
2.3.1 A vulnerabilidade do consumidor.....	42
2.3.2 A publicidade ofensiva na oferta de crédito ao consumidor.....	44
Capítulo 3: O justo tratamento e as medidas preventivas para o consumidor superendividado	47
3.1 A experiência no direito comparado.....	47
3.1.1 Comentários sobre a experiência dos Estados Unidos da América.....	48
3.1.2 Comentários sobre a experiência da França.....	50
3.1.3 A experiência brasileira no Rio Grande do Sul.....	52
3.2 Medidas preventivas.....	58
3.2.1 Banimento das práticas abusivas de marketing e publicidade.....	59
3.2.2 Cumprimento efetivo do dever de informar.....	61
3.2.3 Superação do déficit de consentimento.....	63
3.3 Tratamento.....	65
3.3.1 Insuficiência do tratamento concedido ao insolvente civil.....	65
3.3.2 Viabilidade da renegociação da dívida.....	68
3.3.3 A ressocialização do consumidor superendividado.....	70
Conclusão	73
Bibliografia	74

Anexo 1 – Indicadores apresentados pela Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Créditos e Serviços (ABECS) de setembro de 2008 a setembro de 2009.

Anexo 2 – Estudo da Febraban sobre o panorama do mercado de crédito realizado em 30/9/2009 pelo economista Rubens Sardenberg.

Anexo 3 – Fluxograma sobre o estudo do superendividamento no Direito Comparado.

Anexo 4 – Cartilha do superendividado.

RESUMO

A ausência de tutela legal para o tratamento do superendividamento no Brasil, combinada com o aumento do fenômeno na realidade brasileira, despertou o interesse no estudo pela busca de um tratamento justo ao consumidor superendividado. Observa-se que no Direito Comparado já existe tratamento específico para este fenômeno, que poderá ser aproveitado pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, o presente estudo busca conceituar o fenômeno do superendividamento, demonstrando suas consequências e a importância do seu estudo, além de trazer suas possíveis causas. Dentro da realidade apontada e fundamentado no conceito de justiça de John Rawls, traz propostas de tratamento e de prevenção para o superendividamento, com base nas disposições legais existentes no Brasil.

Palavras-chave: superendividamento, tratamento e medidas preventivas, boa-fé objetiva, função social do contrato, sociedade do crédito, direito à informação.

ABSTRACT

The absence of legal tutelage to the treatment of over-indebted people in Brazil, combined with the increase of this phenomenon in the Brazilian reality, has awakened the interest in the study for the search of a fair treatment to the over-indebted consumer. It's observed that in Comparative Law there is already specific treatment for such phenomenon which can be used by the home legal system. Thus, the present study intends not only to conceptualize the over-indebtness phenomenon showing its consequences and the importance of studying it, but also to come up with possible causes. Within the indicated reality, based on John Rawls concept of justice, this paper proposes treatment and prevention to over-indebtness based on Brazil's existing legal resolutions.

Key-words: over-indebtness, treatment, writ of prevention, objective good faith, social function of contract, credit institution, right of access to information.

INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna, o setor financeiro adquiriu dimensão jamais vista, a concessão de crédito restou banalizada e gerou complexidade às relações contratuais. O crédito passou a ser acessível a todas as classes sociais, sendo facilitada sua concessão com a ausência da necessidade de comprovação de renda e/ou patrimônio. Entretanto, o que se observou foi que a informação sobre o crédito e a educação financeira da sociedade não acompanharam a velocidade dessa evolução, que provocou a concessão irresponsável e um consumo induzido e inconsequente do crédito, responsáveis pelo aumento do endividamento da sociedade.

A concessão irresponsável advém dos excessos cometidos pelos fornecedores do crédito, que a cada dia mais se utilizam da ignorância da população, para através da publicidade e do *marketing* abusivos induzirem o consumidor ao consumo inconsequente do crédito. Verifica-se que a quebra da confiança, a ausência da transparência e da boa-fé contratual e a falta de informações necessárias e essenciais à contratação mais desequilibram a relação consumidor-fornecedor, mais agravam a vulnerabilidade do consumidor e podem levá-lo ao superendividamento.

Dentro dessa realidade devem-se avaliar os fatores que levam o consumidor ao superendividamento para, a partir desse ponto, buscar a solução à problemática apontada. Pode-se dizer que os fatores geradores do superendividamento se dividem em fatores ponderáveis e fatores imponderáveis¹, também tratados, respectivamente, como superendividamento ativo e superendividamento passivo². Os fatores não ponderáveis são aqueles imprevisíveis, que estão além do controle do consumidor, como acidentes da vida e circunstâncias personalíssimas (ex: desemprego e doenças familiares). Já os fatores ponderáveis são os que estão ao alcance da sociedade e do Estado, como o déficit de consentimento contratual, a assimetria de informação e a cultura contratual clássica.

A presente pesquisa se restringirá ao estudo dos fatores ponderáveis, para por meio deles apresentar propostas de solução à tratativa do superendividado no

¹ WADA, Ricardo Morishita – Anotações da Palestra Crédito Responsável e Superendividamento – Workshop Febraban, São Paulo, julho de 2009.

² COSTA, Geraldo de Faria Martins da – Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 109.

ordenamento jurídico pátrio. Os fatores imponderáveis dependentes de medidas legislativas sobre a distribuição do risco não serão abordados.

Esse fenômeno tem sido combatido mundialmente nos países da *Common Law*, como os Estados Unidos. Tem prevalecido o *fresh start policy*, que entende que o endividamento crônico é resultado da expansão do mercado financeiro, um mal necessário que está associado ao risco da atividade. Com isso, a responsabilidade do consumidor fica limitada à liquidação de seus bens – com participação judicial ou acordo supervisionado por juiz³ – sendo perdoado o valor residual, a fim de permitir o retorno desse consumidor ao mercado do consumo o mais brevemente possível.⁴

Já na comunidade européia, seguindo o entendimento francês, predomina o modelo do regime de reeducação, que entende o endividamento como uma falha conjunta do consumidor e do sistema. Por isso esse regime impõe a administração do endividamento de maneira global, renegociando as dívidas, os encargos, somente perdoando os débitos em última instância.⁵

Apesar do crescente aumento do superendividamento do consumidor na sociedade brasileira, até o momento não existe tutela legal específica para o tratamento adequado ao fenômeno. Majoritariamente, a doutrina brasileira tem aderido ao padrão europeu, baseando-se sobretudo na experiência francesa.

Como se observa, o desafio a ser enfrentado nesta monografia é encontrar uma solução justa dentro do conceito de justiça de John Rawls, para enfrentar, tratar e evitar o superendividamento no âmbito das normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, usando para isso a experiência vista no Direito Comparado e o que vem sendo feito principalmente na região sul do Brasil.

³ MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Direitos do consumidor endividado..., pp. 289 e 290.

⁴ KIRCHNER, Felipe – Os novos fatores teóricos... – pp. 75 e 76.

⁵ Idem.

Capítulo 1. A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DO CRÉDITO

1.1 Breve visão da teoria da justiça de John Rawls – teoria da justiça como equidade⁶

A justiça é a virtude máxima das instituições sociais. É certo que cada indivíduo possui uma inviolabilidade fundada em seu conceito próprio de justiça, o que não pode ser desconsiderado pela sociedade. Isso justifica que não poderá ocorrer a perda da liberdade de alguns em prol de um bem maior a ser desfrutado por outros. Rawls expõe:

(...) na sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. (...) a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior.

Tendo em vista que a sociedade é marcada por conflitos de interesses, além da cooperação mútua para atingir os interesses em comum, é necessário que se crie um conjunto de princípios para organizar socialmente as divisões das vantagens auferidas pela sociedade, bem como para selar o acordo acerca das parcelas distributivas apropriadas. Esses são os princípios da justiça social, que atribuem direitos e deveres nas instituições basilares da sociedade e definem a distribuição apropriada dos ônus e dos bônus da cooperação social. É com base nesses princípios que se pode imaginar a concepção pública da justiça que fundamentará a carta que regerá a sociedade bem-ordenada.

É óbvio que não é tão simples quanto parece, pois há uma eterna discussão do que é justo ou injusto para a formulação dos princípios. Para se superar essa questão é necessário que se tenha certo grau de consenso nas concepções de justiça, além de coordenação e eficiência para estabilizar os interesses. E sempre que ocorrerem infrações, devem existir forças estabilizadoras que evitem outras violações, viabilizando as comunidades humanas. Nas palavras de Rawls:

Assim, embora o papel característico das concepções de justiça seja especificar os direitos e os deveres fundamentais, e definir as parcelas distributivas apropriadas, o modo como determinada concepção o faz

⁶ RAWLS, John – Uma Teoria da Justiça – tradutora Jussara Simões, revisão Álvaro de Vita – 3ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2008

fatalmente influi nos problemas da eficiência, da coordenação e da estabilidade. (...) embora a justiça tenha certa prioridade por ser a mais importante virtude das instituições, ainda assim é verdade que, permanecendo constantes as demais condições, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências são mais desejáveis.

O objeto do estudo de Rawls é a justiça social, estrutura básica da sociedade através da qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais, estipulando as normas da cooperação social que regerão a comunidade. Seguindo esse raciocínio pode-se dizer que essa estrutura básica é o objeto da justiça, pois nela é que se visualizam as desigualdades intrínsecas da sociedade nas quais se aplicarão os princípios da justiça social. São esses os princípios que devem reger a constituição política e os elementos principais do sistema econômico da sociedade, porque a justiça depende de como são atribuídos direitos e deveres e de que forma são oportunizadas as condições econômicas nos diversos setores da sociedade.

Para a análise da justiça na estrutura básica, Rawls pressupõe que a sociedade é bem-ordenada e que todos agem de forma justa, contribuindo para a manutenção das instituições justas. Com isso, faz a distinção do conceito entre concepção e justiça, sendo o conceito de justiça o equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes e a concepção de justiça, o conjunto de princípios interrelacionados que permite a identificação dos aspectos relevantes para a determinação do conceito. Não se abandona a ideia de que os princípios de justiça, para a estrutura básica da sociedade, são o objeto do acordo original. Ensina Rawls:

São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que podem existir.

Importa salientar que a situação original apresentada por Rawls é hipotética. Nela existe o “véu da ignorância”, isto é, o momento no qual se determinam os princípios; ninguém conhece seu lugar na sociedade – seja sua classe, seu *status* social – nem a distribuição dos recursos, das habilidades, do potencial de sua inteligência, força etc. Com isso, os princípios de justiça são escolhidos a partir de um pacto social justo, sem favorecer ou desfavorecer interesses pessoais; são resultados do acaso natural pela

contingência das circunstâncias sociais.

Assim sendo, é verdade que quando as instituições sociais atendem a esses princípios, seus participantes cooperam em condição de equidade com que estariam de acordo caso fossem pessoas livres de interesses; ou seja, os arranjos sociais obedecem às estipulações que seriam aceitas na situação original.

Conclui-se que o consenso é uma das condições fundamentais para a formação de uma sociedade viável. A justiça tem o papel de fornecer um critério de atribuição de direitos e deveres das instituições sociais basilares, para que sejam distribuídos adequadamente os encargos e os benefícios da cooperação social.

O que se observa na atual realidade brasileira – e que será a base deste estudo – é que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz os princípios norteadores que visam proteger o consumidor, a parte vulnerável da relação de consumo, de forma a equilibrar a relação consumidor-fornecedor. Isso demonstra que nosso ordenamento jurídico é justo, pois busca colocar as partes em condição de equidade, para poderem encontrar o equilíbrio adequado entre as pretensões concorrentes, fundamentando-se sempre nos princípios norteadores, o que definiria nossa sociedade como bem-ordenada, na concepção de Rawls:

Assim, uma sociedade bem-ordenada satisfaz os princípios de justiça que são coletivamente racionais da perspectiva da posição original; e, do ponto de vista do indivíduo, o desejo de afirmar a concepção pública de justiça como reguladora do próprio plano de vida está de acordo com os princípios da escolha racional.

Logo, verifica-se que o CDC, em consonância com a Constituição Federal – CF – (art. 170, inciso V), nos arts. 4º e 6º, impôs os princípios protetores dos consumidores almejados pela sociedade que, dado o desenvolvimento da economia e do mercado de massa, viu cada vez mais necessidade de uma proteção especial para que fosse equilibrada a relação fornecedor–consumidor, de forma que as partes sempre estejam em equilíbrio para enfrentar as pretensões concorrentes.

É com fundamento nesse conceito de justiça – a observância da estrutura básica da sociedade para se identificar a parte vulnerável da relação e estabelecer o equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes – que se calcando nos princípios estabelecidos na CF e no CDC se procura a solução e o tratamento para o superendividamento, dentro do ordenamento jurídico pátrio.

1.2 O direito à informação no ordenamento jurídico brasileiro

Pode-se dizer que a informação nas relações de consumo ganhou uma importância tal que deve ser vista como um valor social, já que o desequilíbrio informativo gera reflexos na esfera econômica e na esfera pessoal, atingindo a segurança e a saúde do consumidor. Por isso a informação é tida como direito fundamental previsto na CF e no CDC.

A boa-fé é a fonte primordial para a informação, tornando-se dever principal e acessório ao fornecedor. Portanto, a informação deverá ser bilateral, não se restringindo àquilo que se cobra do consumidor, mas também em relação a procedimentos, etapas, operações realizadas pelos fornecedores. Ou seja, a informação é essencial à transparência do mercado de consumo. Entende Fabíola dos Santos Albuquerque:

(...) Ressalte-se que o dever de informar não é uma conduta exclusiva do fornecedor, afinal um dos princípios da legislação consumerista é a harmonização das relações entre as suas variadas funções, revela-se a expectativa de conduta das partes e de que essas se pautam numa conduta leal, de cooperação e de confiança.

(...) O dever de informação funciona como mecanismo de controle legal do equilíbrio da relação entre fornecedores e consumidores.⁷

A informação é pressuposto da participação livre na sociedade de consumo, pois ante a ausência de informação não se tem a participação efetiva. Repisa-se que o direito à informação engloba o direito de informar e de estar informado. Esse direito está atrelado à autodeterminação, ao poder de decidir livremente.⁸

Para que essa transparência ocorra é necessária a comunicação efetiva da informação. Fernanda Nunes Barbosa leciona:

A informação em sentido amplo, isto é, como mensagem, constitui elemento do ato de comunicação e abarca tanto conteúdos conceituais já incorporados pelo receptor – *in casu*, o consumidor – como conteúdos conceituais novos. A comunicação, para que seja efetiva, depende ainda da atuação dos sujeitos como intervenientes, como destinatários da informação, bem como da escolha do código, que é linguagem; do canal,

⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos – O princípio da informação à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor – *in* Introdução Crítica ao Código Civil (organizador Lucas Abreu Barroso). Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006. p.108.

⁸ *Idem*, p. 107.

que é o meio; e por fim, do contexto.⁹

Este também é o entendimento de Paulo Lôbo:

O dever de informar é dever de clareza, é dever de divulgação, é dever de esclarecer e garantia de acessibilidade, tendo-se sempre presente o aderente típico médio e não o contratante letrado ou detentor de conhecimentos técnicos e jurídicos (...)¹⁰

Isto é, para que a informação seja prestada não basta estar expressa na embalagem, no contrato; é necessário que o consumidor que vai adquirir, contratar o bem ou o serviço para consumo, esteja apto a receber a informação transmitida. A informação deve ser clara, precisa, contextualizada e em linguagem adequada para ser compreendida pelo público que a recebe. Do contrário não se pode afirmar que a informação foi prestada. Dado isso, a ideia de comunicação traz em si um processo interpessoal em que deve ocorrer a transmissão e a apreensão da informação para ser considerado concretizado.

A ausência de transmissão da informação tira do consumidor sua autodeterminação no momento do consumo, fazendo com isso que a vulnerabilidade intrínseca ao consumidor se acentue, podendo inclusive gerar a hipervulnerabilidade. Bem aponta Fernanda Barbosa, ao citar os ensinamentos de Antônio Pinto Monteiro:

“...dessa relação de abertura do “eu” ao “outro”, que constitui o ato de comunicar, participa o consumidor, enquanto pólo de agir intercomunicativo, e proteger o consumidor implica enriquecer o próprio ato de comunicação e luta pela qualidade de relacionamento humano. Proteger o consumidor, afirma o professor português, “é proteger o acto de comunicação, no que ele implica de respeito pela dignidade do Homem e pelo poder de autodeterminação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade.”¹¹

Sendo assim, a informação vista como valor social inerente ao direito de autodeterminação do sujeito invoca o fenômeno da constitucionalização do direito privado para completar o direito à informação previsto no CDC, ganhando assim o *status* de direito fundamental.

⁹ BARBOSA, Fernanda Nunes – Informação: direito e dever nas relações de consumo. Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, 2008. p.34.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto – A informação como direito fundamental do consumidor. Estudos de direito do consumidor – Coimbra, n. 3, 2001. p. 110.

¹¹ BARBOSA, Fernanda Nunes – Informação:.... . p. 37.

Para esclarecer melhor o assunto, cumpre destacar breves explicações sobre a constitucionalização do direito privado¹². Ao ocorrer a evolução do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram a ter uma dupla função: i) garantidores da liberdade individual, defendendo também os aspectos coletivos e sociais; ii) na dimensão institucional, atuando como objetivo da finalidade e dos valores constitucionais. Num primeiro momento, os direitos fundamentais surgiram para defender os indivíduos da onipotência do Estado, porém com o advento do neoconstitucionalismo observou-se que o indivíduo passou a ter, em certas ocasiões, uma posição de vulnerabilidade frente a outros indivíduos, devido às relações de poder econômico presentes na esfera privada. Com isso, na transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito ocorreu a extensão da incidência dos direitos fundamentais para os setores do ordenamento jurídico, incluindo as relações privadas. Para explicar a eficácia desses direitos na esfera privada surgiram duas principais doutrinas: a doutrina alemã *Drittwirkung der Grundrechte*¹³ e a doutrina norte-americana do *State Action*¹⁴.

Com o advento dessas doutrinas surge a problemática de como e em que medida os direitos fundamentais influenciam a ordem privada. Para solucionar a questão “do como” – um problema de construção teórica – surgem três teorias: i) teoria da eficácia imediata¹⁵; ii) teoria da eficácia mediata¹⁶; iii) teoria do efeito produzido através

¹² VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. pgs. 99 a 207.

¹³ Idealizada por Nipperdey, reconhece a existência de disposição de direitos fundamentais que representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico, vinculando todos os ramos do ordenamento jurídico, e não apenas como diretrizes ou regras de interpretação, mas também como regulação normativa de todo o ordenamento jurídico. No decorrer dos anos verificou-se que ocorreram concentrações de importantes parcelas de poder social e econômico em determinados grupos privados; com efeito, os direitos fundamentais devem garantir aos cidadãos uma esfera de liberdade constitucionalmente protegida, não somente frente ao Estado, mas também frente aos detentores do poder socioeconômico na esfera privada que ameaçam o indivíduo, vulnerável na relação. (VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207)

¹⁴ Apesar da teoria constitucional dos EUA permanecer presa ao modelo liberal de concepção dos direitos fundamentais, admite a proteção a esses direitos nas relações privadas quando as atividades aparentemente privadas apresentam características de uma ação de Estado. Ou seja, a Corte americana entendeu que sujeitos aparentemente privados podem exercer funções inerentemente públicas; nesses casos se submetem aos limites da Constituição, podendo-se incidir os direitos fundamentais na regulação dessas relações privadas. (VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207)

¹⁵ Defende que, como os direitos fundamentais têm valores objetivos válidos para toda a ordem jurídica, devem ser aplicados direta e imediatamente nas relações entre particulares, fazendo-se valer como direitos subjetivos contra entidades privadas que detenham poder socioeconômico e até mesmo perante indivíduos que no caso específico disponham de poder equiparado à supremacia do Estado. Nesse caso, os direitos fundamentais são vistos como normas constitucionais diretamente aplicáveis nas relações privadas. (VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207)

¹⁶ Entende que os direitos fundamentais se inserem na esfera privada através das cláusulas gerais do direito privado, que sempre deverão ser interpretadas conforme os seus ditames. Os direitos fundamentais

de direitos frente ao Estado¹⁷. Já a problemática de em que medida os direitos fundamentais influenciam as relações privadas é uma questão de colisão e ponderação de direitos, sendo para isso necessária a observação do conteúdo valorativo de cada caso.

Os direitos fundamentais nessas relações estão a favor e contra ambas as partes envolvidas; logo, produzir-se-á uma colisão de direitos fundamentais, o que leva a crer que na maioria das vezes se resumirá numa colisão entre a autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental. Observe-se que os conflitos entre particulares deverão ser sempre resolvidos visando à preservação do núcleo essencial dos direitos privados e dos interesses em jogo. Para solucionar essa colisão evoca-se a ponderação que, considerando as circunstâncias do caso concreto, estabelece entre os princípios uma relação de prevalência, verificando para o caso qual princípio deverá prevalecer. Isso só é possível através da análise das variantes fáticas e jurídicas do caso concreto, observando os parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade. Para essa ponderação sugerem-se dois critérios: i) predomínio social ou econômico – verificada a existência de uma relação de poder, a autonomia da vontade deve ceder espaço a outros direitos fundamentais a favor da parte vulnerável da relação; ii) possível violação à dignidade humana – por ser a dignidade humana o núcleo e o limite do ordenamento jurídico, esse direito sempre deverá prevalecer sobre os demais¹⁸. Observa-se então, como defende John Rawls, que a justiça deverá se basear nos princípios instituídos na constituição que foi elaborada na situação inicial, sob o véu da ignorância. O que por si só incentiva o diálogo entre as fontes¹⁹.

Desse modo, além de amparado pela CF (arts. 5º, XIV e XXXII e 170, V), o direito à informação do consumidor, que é a parte vulnerável da relação, está amparado pelo CDC (art. 6º, III), devendo prevalecer sobre os interesses dos fornecedores de

serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados aptos a ser concretizados, ou ainda para preencher as lacunas da lei. (VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207)

¹⁷ Tem como tese central que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é consequência da sujeição do próprio Estado a tais direitos. Isso porque o poder público, além do dever de respeitá-los, tem o dever de criar condições necessárias para a sua realização e ainda de protegê-los contra quaisquer ameaças, ainda que particulares.(VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207)

¹⁸ VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p. 99 a 207

¹⁹ Sobre o diálogo entre as fontes entende-se a aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes legislativas que tenham campos de aplicação convergentes, mas não iguais. Ver Cláudia Lima Marques: Diálogo das fontes no manual de direito do consumidor, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, da p. 87 à 98.

crédito, o que demonstra a perfeita harmonia das fontes.

Na sociedade de massa a informação ganha ainda mais importância, pois numa sociedade de massa, onde não há viabilidade de difusão do conhecimento técnico sobre os produtos e serviços, de forma clara e transparente, imperando a complexidade técnica, a informação é essencial. É por meio dela que será possível estabelecer a confiança, fundada na boa-fé, entre o consumidor e o fornecedor. Como destaca Fernanda Barbosa:

O papel da comunicação passa, dessa forma, a ser de fundamental importância e de grande relevância o seu estudo, uma vez que é por meio dela, repise-se, que se desenvolverá, em grande medida, esta sociedade de consumo.²⁰

Tem-se, portanto, que o direito e o dever de informação na relação de consumo da sociedade de massa, além de serem considerados direitos fundamentais previstos no CDC e na CF, são tidos como garantidores da autodeterminação do consumidor, fazendo-se cumprir as normas de comportamento escolhidas como justas pela sociedade. Isso lhes impõe enorme importância, visto que, quando prestada de forma adequada, é a balança que o consumidor utilizará para contrapor a vontade real – que se baseia em sua necessidade existencial para uma sobrevivência digna – à vontade imposta pela sociedade, que pelos meios de comunicação a cada dia criam uma “necessidade” nova aos indivíduos. Ou seja, o direito à informação é elemento essencial à composição do capital social²¹.

Com isso, pode-se pensar em informações que façam para o consumidor a ponderação entre a necessidade real e a necessidade social que o consumidor tem de adquirir o crédito, pensando-se inclusive na informação para o incentivo negativo desse consumo. A ausência dessas informações traz à relação a má-fé, que termina por destruir o capital social, podendo inclusive destruir o próprio contrato.

1.3 Princípios norteadores dos contratos no Estado Social

²⁰ Op cit. BARBOSA, Fernanda Nunes – Informação... . p. 55.

²¹ Entende-se por capital social os valores sociais para a construção positiva da sociedade, na qual se observa a atitude cooperativa dos indivíduos de forma a agregar valores à comunidade, trazendo com isso a segurança jurídica às relações contratuais. Logo, o capital social, agregado à função social, seria o real valor do contrato, pois a confiança presente na relação jurídica gera sua segurança e, conseqüentemente, a circulação da riqueza.– PUTNAM, Roberto D. – El Declive Del Capital Social – Ed. Galaxia Gutenberg. Barcelona 2003, p. 203.

1.3.1 A função social do contrato

O Estado Liberal, que tem como marco a Revolução Francesa, baseou-se nos direitos individuais, sendo mínima a intervenção do Estado na esfera privada. No entanto, esse modelo de Estado, dadas as reivindicações sociais – fruto das sociedades massificadas e do pós-guerra – foi perdendo força, dando espaço ao surgimento do Estado Social, que deixou de ser um interventor mínimo para ser um interventor em prol dos direitos sociais, dos direitos fundamentais dos indivíduos. Enzo Roppo²² expõe que o instituto do contrato acompanha a evolução da sociedade, sofrendo com isso alteração no seu papel, na sua função:

A organização econômica (vale dizer o modo de produção e trocas de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais.

O surgimento do Estado Social – fundado nos direitos sociais e nos princípios de justiça social, no qual o valor humano ocupa o topo dos ordenamentos jurídicos, que evidenciam como o ideal de justiça o respeito e a preservação da dignidade humana²³ – trouxe grandes alterações ao mundo jurídico, pois o Estado passou a intervir nas relações privadas, atuando de forma a impedir a exploração e os abusos dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos. Essa mudança de modelo de Estado afetou diretamente os modelos contratuais existentes, pois enquanto no Estado Liberal os princípios que prevaleciam eram os da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, o Estado Social teve seu fundamento primordial na dignidade da pessoa, o que fez surgir os novos princípios orientadores, como o da boa-fé – que será estudado em tópico específico – e o da função social do contrato²⁴. Essa nova visão adéqua-se à realidade trazida pela Constituição Federal pátria, que acima da liberdade individual valoriza a justiça social.

²² ROPPO, Enzo – O Contrato – Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina. Coimbra, 2009. p. 26.

²³ ROBOREDO, Alda Regina Revoredo – Contrato – função social e cláusulas abusivas – Ed. Juruá Curitiba, 2007. p. 43.

²⁴ VARELA, Grazielle. A função social do contrato. Revista Direito Universitas/Jus, Centro Universitário de Brasília, Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, n. 13, janeiro a junho/2006. p. 175.

A função social do contrato “surge”²⁵ para limitar a liberdade contratual, que no Estado Liberal era total e no Estado Social deverá ser limitada pela harmonização dos interesses privados dos contratantes com os interesses sociais da coletividade. Com isso, temos que todo contrato deverá seguir as orientações principiológicas constitucionais, de forma a respeitar a dignidade humana, não permitindo com isso a abusividade e a exploração dos economicamente fortes sobre os fracos.

A intervenção legislativa do Estado, assim levada a cabo, fez florescer um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao economicamente mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte, foram repelidas severamente (...)
Enfim, o que se deu nesse interregno de passagem (...) foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual, tudo em nome do interesse coletivo e em atenção ao bem comum.²⁶

A função social do contrato não surgiu para alterar a natureza jurídica deste, que é o acordo de vontade entre as partes. De fato, ainda se trata do acordo de vontade entre as partes, mas o contrato passou a ser gerido dentro dos limites e das ideologias impostas pela Constituição Federal, de forma a garantir a segurança dos direitos fundamentais, o desenvolvimento social, a existência digna e harmônica entre a liberdade individual e o interesse da coletividade.

(...) a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quanto de valores apresentados pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer arte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país.²⁷

²⁵ Seguindo o pensamento de Enzo Roppo, não é que a função social não existisse anteriormente, já que todo contrato sempre teve o escopo de ser cumprido na melhor forma possível, visando sempre atender aos interesses dos contratantes e à efetiva circulação de riquezas. O contrato sempre foi usado para a efetivação da operação econômica, não sendo interesse das partes se prenderem a conflitos por causa do contrato. Ao contrário, repita-se, o contrato sempre foi tido como instrumento para as operações econômicas efetivarem a circulação das riquezas. Nesse caso poder-se-ia falar não em surgimento da função social, mas sim na concretização jurídica que de fato já estava presente na sociedade.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito – Introdução Crítica ao Código Civil, organizador Lucas Abreu Barroso, Editora Forense, Rio de Janeiro 2006. pp.119 e 120.

²⁷ NEGREIROS, Teresa – Teoria do contrato: novos paradigmas – 2ª edição, editora Renovar. São Paulo, 2006. pp. 107 e 108.

Compreende-se, todo e qualquer contrato deverá adequar-se aos princípios norteadores dos direitos fundamentais, sob pena de sofrerem a interferência do Estado. Com isso, não se tem a eliminação da autonomia da vontade, pois as partes ainda são livres para contratar, embora limitadas a acordarem, em consonância com os interesses sociais. Dentro desse limite, as partes são livres para determinar os termos contratuais.

Pode-se dizer, pois, que a liberdade de contratar, a liberdade de realizar contratos, continua a existir ilimitadamente. O que é limitado pela função social do contrato é a liberdade contratual, a liberdade sob o conteúdo do contrato, limitada pelos princípios constitucionais visando à proteção dos direitos fundamentais de toda a sociedade.

Sintetizando, podem-se apontar duas características bem definidas da função social do contrato: a configuração do limite à liberdade de contratar e a harmonização do exercício da autonomia privada da liberdade de contratar, com a finalidade social desta prerrogativa.²⁸

Essa delimitação é importante, pois o Estado poderá intervir apenas para adequar o contrato aos princípios constitucionais, nunca para alterar a natureza da contratação; não poderá intervir nas expectativas das partes existentes no contrato. O que a função social busca é o equilíbrio entre os interesses legítimos de ambos os contratantes, a confiança dos contratantes entre si e a projeção dos efeitos dessa relação contratual em toda a sociedade²⁹.

Sob a influência imediata do valor justiça, a função social do contrato condiciona a própria hermenêutica jurídica e estabelece um cunho teleológico como razão e limite da liberdade de contratar, considerados pela jurisprudência na interpretação e aplicação do direito.³⁰

Caso não seja cumprida a função social do contrato, duas são as sanções possíveis. A primeira é a decretação da nulidade da cláusula abusiva, prevista no art.

²⁸ MIRAGEM, Bruno – Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p.201.

²⁹ Idem, p. 177

³⁰ MANCIBO, Rafael Chagas – A função social do contrato – Ed. Quartier Latin. São Paulo, 2005. p.189.

2035 do Código Civil e no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). E a segunda é a imputação do dever de indenizar o dano decorrente dessa violação.

A aplicação do princípio da função social do contrato amplia a proteção de ambos os contratantes, isto é, tanto os interesses do credor quanto os interesses do devedor de boa-fé comprometido com o adimplemento da dívida, à procura do equilíbrio contratual entre as partes, reflete-se diretamente na sociedade. Daí sua importância para o desenvolvimento deste estudo, direcionado a encontrar solução para o problema do superendividamento.

Importa revelar que nem sempre a função social do contrato terá o aspecto negativo, servindo apenas para coibir possíveis abusos detectados nos contratos. A função social também poderá ser usada de forma positiva, como prevê o artigo 4º, V do CDC, ao trazer a necessidade de os fornecedores buscarem mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; isto é, o próprio CDC abre a alternativa para que os fornecedores criem sua autorregulação, em consonância com a Política Nacional das Relações de Consumo, nada mais que a presença da função social do contrato atuando de forma preventiva e positiva na relação fornecedor-consumidor, de grande valia no tratamento do superendividamento.

1.3.2 A boa-fé objetiva

Dando continuidade aos novos princípios contratuais surgidos com o Estado Social, analise-se o princípio da boa-fé objetiva. Assim como a função social do contrato, a boa-fé objetiva tem seu campo de atuação mais evidente na esfera contratual. É através da boa-fé que se molda o ambiente contratual com a presença de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação, o que reforça os fundamentos contratuais no Estado Social, que perdem seu enfoque individualista para cumprirem sua função social.

O princípio da boa-fé objetiva, então, é observado em todas as fases contratuais e utilizado como instrumento de interpretação dos contratos. Nesse sentido, Leonardo Rosco e Bessa³¹ destaca os ensinamentos de Cláudia Lima Marques³²:

³¹ BESSA, Leonardo Rosco e – Proteção Contratual – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009. p.284

³² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p. 181 e 182

Boa-fé objetiva significa uma atuação refletiva, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Analisando sob essa ótica, pode-se dizer que a boa-fé objetiva é um termo de conduta a ser observado pelas partes de forma que o contrato celebrado seja compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente, o que adéqua a teoria contratual tanto aos princípios constitucionais quanto àqueles previstos no CDC.

Por ser regra de conduta, a boa-fé não precisa estar expressa nos contratos, dela derivam os deveres anexos que deverão ser observados em todas as fases contratuais, como bem expõe Anderson Schreiber³³ ao tornar claro que a boa-fé impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como os deveres de informação, de segurança, de sigilo e de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais. Nesse mesmo sentido, Bruno Miragem³⁴ vai além dizendo que são os deveres de confiança, lealdade e colaboração objetivando o fiel adimplemento contratual, que embora, via de regra, não sejam expressamente previstos, são identificados pelo intérprete/aplicador do preceito em vista das características caso a caso.

Como regra de conduta, com base na função social e econômica do contrato, o princípio da boa-fé objetiva passa a ser um limitador do exercício de direitos subjetivos. Isso porque passa a atuar como parâmetro valorativo, que veda práticas abusivas que tenham por objetivo apenas atender a interesses individualizados. Por isso, assim como a função do contrato, a boa-fé objetiva pode ser vista como uma limitação da autonomia privada na liberdade contratual.³⁵

Por outro lado, a boa-fé não deve ser vista apenas como limitadora da autonomia privada na liberdade contratual. Assim como a função social do contrato, a boa-fé objetiva deve ser vista como uma extensão da relação obrigacional para além dos termos pactuados.

José Carlos Maldonado de Carvalho conclui que a boa-fé objetiva é uma norma de comportamento leal sem um conteúdo fixo, que é utilizada como instrumento

³³ SCHREIBER, Anderson – A proibição abusiva nas relações de consumo – Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006. p. 82.

³⁴ MIRAGEM, Bruno – Função social do contrato, boa-fé e bons costumes:... p.215.

³⁵ Idem.

fundamental nas relações de consumo. Deve ser tida como princípio orientador do comportamento das partes, responsável por manter o equilíbrio entre os contratantes.³⁶

Questão interessante trazida por Ruy Rosado de Aguiar Junior³⁷ é que a boa-fé como fundamento orientador de interpretação serve para garantir a ordem econômica, compatibilizando os interesses contraditórios, o que poderá eventualmente levar a prevalecer não o interesse do consumidor individual, desde que o interesse defendido seja em prol da garantia do interesse social maior. Nesse caso estar-se-ia utilizando a boa-fé para garantir não o interesse do consumidor envolvido no contrato, mas sim o interesse de todos os consumidores envolvidos no mesmo tipo de contratação. O que, apesar de não ser oposto, não se coaduna totalmente com os ensinamentos trazidos de John Rawls, que afirma que só é possível a injustiça individual, através da violação de direitos individuais, se for para evitar uma injustiça ainda maior, não permitindo assim que a justiça, que o direito de cada um, seja usado como medida de cálculo de interesse social.

Necessário frisar que a importância da boa-fé objetiva não se restringe à esfera contratual individual, mas engloba toda a coletividade. Isso porque, na realidade da sociedade de massa, ao se permitir a inobservância da boa-fé em um contrato, não é só a parte envolvida que será afetada, mas sim toda a sociedade. Até mesmo, se analisarmos pelo enfoque da segurança jurídica transmitida pelo instituto do contrato, ao se permitirem contratos que não observem a boa-fé objetiva, cria-se para a sociedade a insegurança no próprio instituto, porque o contrato perde sua credibilidade perante toda a sociedade. É possível dizer que o escopo da boa-fé é garantir a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos no âmbito coletivo, não apenas no individual das partes contratantes.

Vale destacar que tanto a função social como a boa-fé visam à proteção do Estado Social e, conseqüentemente, à dos direitos fundamentais, que são princípios constitucionalmente garantidos. Por isso, seguindo John Rawls pode-se dizer que os princípios constitucionais deverão ser os orientadores da justiça, os verdadeiros guias de conduta, não se perdendo de vista que a boa-fé objetiva surgiu para assegurar a concepção social do contrato que objetiva a proteção do equilíbrio entre os interesses legítimos dos contratantes, da confiança, além da projeção dos efeitos da relação

³⁶ CARVALHO, José Carlos Maldonado – Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial, 4ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p.14.

³⁷ AGUIAR, Rui Rosado Junior – A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 14, Editora Revista dos Tribunais, abril a junho/1995, p. 21 e 22.

contratual em toda a comunidade. Há que se lembrar que a Constituição, elaborada sob o “véu da ignorância”, determinou os princípios norteadores dos valores a serem seguidos pela sociedade, o que deve ser considerado ao se analisar se o contrato está ou não cumprindo com esses princípios, em razão do interesse da sociedade.

Como visto, o princípio da boa-fé como termo de conduta a ser utilizado na interpretação dos contratos mostra-se essencial na análise a ser feita adiante, no estudo do superendividamento, quando se observará como estão sendo elaborados e disponibilizados os contratos de crédito aos consumidores. A boa-fé objetiva promove o equilíbrio da relação jurídica obrigacional em consonância com os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico, de forma que permite a intervenção do Estado Social nas relações individuais em prol da proteção dos princípios norteadores da conduta a ser seguida pela sociedade, sob pena de permitir que injustiças maiores sejam concretizadas, violando valores e parâmetros estabelecidos como essenciais à coletividade.

1.4 A alteração do paradigma contratual na sociedade do crédito

1.4.1 Complexidade das relações

Atualmente, como se estudou, o instituto do contrato está em modificação. Com o surgimento e o desenvolvimento das cláusulas gerais dos contratos, na sociedade pós-moderna começa a ganhar espaço a insegurança, a crise da falta de confiança, fazendo crescer uma necessidade maior de proteção dos contratantes vulneráveis, como é o caso dos consumidores.

No decorrer das décadas se nota que as evoluções que ocorreram na sociedade têm efeitos diretos nas relações contratuais. A tecnologia avançou, o mercado privado se desenvolveu, surgiram a produção e o consumo em massa. Nessa realidade, a forma de contratar mudou, as relações contratuais estão, a cada dia, mais despersonalizadas, sujeitas à lei do mercado, que concentra o poder nas mãos das sociedades empresárias mundiais e plurais, envolvendo mais pessoas, objetos e conteúdos. Todas essas mudanças reforçam a necessidade do fortalecimento dos princípios contratuais que fundamentam o contrato e lhes impõem confiança e transparência.

Esses avanços trouxeram ao consumidor o mercado virtual, o acesso ao crédito fácil, a conexão com o mundo 24h (vinte e quatro horas) por dia, 7 (sete) dias por

semana. O contrato passou a ter uma valoração social maior, porque os efeitos dessas contratações não afetam apenas os contratantes, mas toda a sociedade de massa que participa dessa realidade. Isso evidencia a necessidade da proteção dos consumidores à procura do equilíbrio contratual, e com isso a limitação pela legislação para proteger os interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, nas expectativas legítimas e na boa-fé das partes contratantes.³⁸

O contrato não mais pode ser observado como fenômeno autônomo e independente, de interesse e com impactos somente em relação às partes contratantes. Considerando-se haver uma solidariedade orgânica entre os membros da sociedade, compreende-se que a visão de contrato não pode ser individualista, devendo considerar os reflexos de cada contrato na sociedade, na vida econômica da sociedade.³⁹

Com isso, aponte-se a importância da confiança na teoria do contrato atual; é ela quem deverá dar as diretrizes para as relações contratuais. Karl Larenz⁴⁰ entende que o princípio da confiança é baseado no personalismo ético: a pessoa livre (com capacidade para se autodeterminar) responde por seus atos e respeita a dignidade das outras pessoas, o que cria a harmonia nas relações jurídicas.

Ocorre que com a complexidade cada vez maior das relações contratuais, fica cada vez mais fraco o elo da confiança. Os contratos nas relações de consumo em massa são a prova de que a confiança contratual está em crise, porque são elaborados com linguagem técnica, inacessível à maior parte dos consumidores, são longos e sem os destaques necessários, levando os consumidores a buscar a segurança na lei, para que essa lhe garanta a qualidade da informação e a lealdade na contratação. Sobre os efeitos das alterações da organização econômica nos contratos, Enzo Roppo⁴¹ se manifesta:

Pense nas relações entre empresas produtoras de bens e serviços e a massa de consumidores, governadas não já por um princípio de discussão aberta e de ajustamento equilibrado de interesses contrapostos, mas pela imposição unilateral de um regulamento predisposto por uma das partes, a que a outra mais

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima – A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 27 a 29.

³⁹ RIBEIRO, Luciana Antonini – A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 435

⁴⁰ *Apud* MARQUES, Cláudia Lima – A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. pp. 30-31.

⁴¹ ROPPO, Enzo – O Contrato – Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina. Coimbra, 1988. p. 335 e seguintes. *Apud* TORRES, Andreza Cristina Baggio – Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais nas sociedades de consumo – Ed. Juruá. Curitiba, 2007. p.60.

não faz do que oferecer a sua mecânica adesão.

Nesse novo contexto surgem na sociedade os contratos conexos, espécie de contratação em grupo na qual um conjunto de sociedades empresárias tem o interesse de realizar contrato para o mesmo negócio. Surge para facilitar a vida do consumidor pós-moderno, que não se satisfaz mais com a simples prestação de um serviço ou o produto por si só; quer o conjunto de todos os serviços e produtos interligados, fato que estimula o consumo e aumenta a troca de riquezas. Para isso surgem as colaborações empresariais entre as sociedades empresárias envolvidas nessa contratação, que apesar de terem contratos autônomos com o contratante, tratam-no em uma única operação econômica, o que demanda a cooperação mútua de todos os envolvidos nos contratos. Passa-se a considerar, nessa realidade, não cada contrato individualmente, mas sim a malha contratual formada.⁴²

Andreza Torres bem resume o significado dessas redes contratuais: “Haverá uma rede contratual, quando existir uma coordenação de contratos interligados por um nexo econômico, funcional e sistemático.”⁴³

As redes contratuais então surgem para viabilizar o fornecimento de produtos e serviços por meio de operações econômicas complexas, mas unitárias, que são necessárias para o desenvolvimento do mercado de consumo, para facilitar a vida do consumidor e satisfazer seus anseios⁴⁴. Portanto, na formação da rede contratual para o fornecimento de produtos e de serviços nas relações de consumo existe o interesse associativo, que é cumprido através de um negócio que reúne vários contratos no mesmo sistema, que têm presente a finalidade econômico-social que ultrapassa a individualidade de cada contrato, o que justifica sua união⁴⁵.

Dentro dessa realidade não se pode esquecer que a preocupação atual do direito dos contratos é com o efeito do negócio entre as partes, a proteção à existência digna, o cumprimento das legítimas expectativas das partes e a busca pelo equilíbrio do contrato. Faz-se necessária a proteção à parte mais vulnerável, a fim de evitar prejuízos e abusos. Dentre esses contratos conexos estão os contratos de compra e venda atrelados aos contratos de financiamento (art. 52 do CDC) e os diversos contratos bancários e de

⁴² RIBEIRO, Luciana Antonini – A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais:...p. 443 a 449.

⁴³ TORRES, Andreza Cristina Baggio – Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais nas sociedades de consumo – Ed. Juruá. Curitiba, 2007. p.66.

⁴⁴ Idem, p.73

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis – Fundamentos do Direito Privado – Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo, 1998. p.63.

cartão de crédito, que formam entre si redes contratuais para a satisfação e a facilitação da contratação em massa com os consumidores.

Frise-se que a complexidade das relações contratuais está também na busca pela harmonização do desenvolvimento econômico com a segurança jurídica, da eficiência do serviço com a prestação eficiente da informação. Não se pode esquecer que o contrato objetiva a circulação da riqueza e, portanto, não é do interesse de nenhuma das partes que não seja cumprido. Para os fornecedores do crédito resta o desafio de equilibrar o desenvolvimento econômico, a prestação do serviço de forma eficiente, fácil, desburocratizada, ao alcance de todos, com o dever de segurança e informação eficiente ao seu consumidor, para viabilizar a concessão do crédito de forma responsável. Daí o porquê de se estudar e compreender a existência dessas redes contratuais, visando encontrar a solução da problemática do superendividamento.

1.4.2 Déficit de consentimento

Na realidade contratual até aqui exposta, cumpre questionar se de fato se tem presenciado a liberdade de consentir contratualmente. É sabido que os meios de comunicação estão cada vez mais influentes para provocar manifestações de vontade do consumidor. Os meios de comunicação criam necessidades de consumo à sociedade, de forma a forçar a contratação de coisas de utilidade duvidosa, o que de certa forma afeta o consentimento do consumidor no momento da contratação.

No caso, o CDC desempenha um papel fundamental, pois insere no ordenamento mecanismos para coibir os abusos e estabelecer o equilíbrio na relação do consumidor com os agentes econômicos⁴⁶. Como dito, o desafio é a busca da harmonia entre o desenvolvimento econômico e a segurança jurídica do contrato realizado de forma justa. É necessário que o contrato transmita à sociedade a segurança do negócio jurídico celebrado, do contrário perde sua função primordial de circulação de riquezas. Sem esquecer que o contrato na sociedade pós-moderna não restringe seus efeitos apenas entre as partes contratantes, mas sim a toda a sociedade, que é afetada pela credibilidade (ou sua ausência) contratual.

Exemplo disso é o art. 49 do CDC, que prevê o direito de arrependimento para as contratações feitas a distância, de forma a permitir que o consumidor que foi

⁴⁶ AZEVEDO, Marta Britto – Consumidor consciente: liberdade de escolha e confiança – Revista de Direito do Consumidor n. 67, julho-setembro 2008, Editora Revista dos Tribunais, p. 198.

induzido pelos meios de comunicação a adquirir um produto sem sequer conhecê-lo possa se arrepende da compra e receber seu dinheiro de volta. O art. 49 é exemplo do ideal constitucional da construção de uma sociedade de consumo livre e consciente, justa e solidária, pois prevê que ao ter viciados sua vontade e seu consentimento, o consumidor poderá desvincular-se daquela aquisição induzida por um meio de comunicação ofensivo.⁴⁷

Marta Azevedo sintetiza que essa ideia do consentimento está intrinsecamente ligada à informação: “(...) a liberdade de escolha concede ao consumidor a faculdade de tomar decisões segundo sua verdadeira vontade. A clareza das informações sobre o produto e o serviço é imprescindível para a autonomia do exercício desse direito”⁴⁸.

Deve-se destacar ainda a contratação virtual das operações creditícias, porque atualmente há à disposição as operações bancárias pela internet e pelo telefone. É possível a indução do consumidor à contratação de crédito através de seu espaço individual, privado, como os e-mails, o que deverá sofrer tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico, principalmente por essa indução na contratação que termina por afetar o consentimento do consumidor. Sobre o assunto Lorenzetti refere que:

O Estado requer um direito privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição, a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios.⁴⁹

O CDC, buscando a proteção do consumidor vulnerável, prevê em seus arts. 36 a 38 a forma como será permitida a publicidade, coibindo as práticas da publicidade abusiva, o que influencia diretamente no consentimento contratual do consumidor. Ressalte-se o parágrafo único do art. 36, que prevê que o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor os dados fáticos, técnicos e científicos que impõem veracidade na publicidade divulgada de seu produto ou serviço.

Infelizmente, não é o que a realidade tem refletido. No comércio da concessão de crédito ao consumidor, as práticas abusivas estão cada vez mais em evidência, com propagandas e panfletos induzindo o consumidor a adquirir o crédito fácil, sem o

⁴⁷ CASADO, Márcio Mello – Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro – 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006. p.21.

⁴⁸ AZEVEDO, Marta Britto – Consumidor consciente:... p. 205.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis – Fundamentos do Direito Privado...p. 540.

fornecimento adequado das informações e da realidade do crédito a ser contratado. Isso agrava a situação da população e a induz ao superendividamento. Esse problema do abuso na publicidade da oferta do crédito, que leva à indução do consumidor e influencia em sua decisão no momento de contratar, será analisado mais adiante.

Verifica-se que para o exercício livre e consciente na contratação, o direito à informação e o respeito aos direitos fundamentais ganham evidência. Sendo obedecidos esses direitos, o consumidor estará apto a valorar a conveniência do contrato, exercer o direito de escolha de acordo com seu real interesse e sua necessidade econômica, sem a distorção da sua vontade⁵⁰.

1.4.3 O contexto do consumidor na sociedade do crédito

Como visto no decorrer deste capítulo, a realidade contratual da sociedade pós-moderna está mais exigente. Os contratos precisam obedecer aos princípios constitucionais, tendo sempre em vista a preservação da existência digna, e para isso ganham relevo os direitos e os deveres de informação, de forma a permitir que o contrato seja realizado sem vício de consentimento. Nessa linha, não se pode admitir que um contrato sirva de motivo para a dependência financeira de uma pessoa, desde que esta tenha, de boa-fé, desenvolvido sua conduta para o cumprimento obrigacional do contrato⁵¹.

Observou-se que o déficit de consentimento do consumidor no mercado está cada vez maior, pois é crescente o abuso da publicidade que cria necessidades e induz o consumidor a adquirir aquilo que “não é essencial” à sua sobrevivência. Como já dito, na sociedade temos as necessidades reais de sobrevivência e as necessidades sociais, indispensáveis para a identidade social do indivíduo. O que se tem observado é um abuso desenfreado dos meios de comunicação, publicitário e de *marketing*, de induzir o consumo de bens que trazem uma falsa satisfação à necessidade social do indivíduo. Desse modo evidencia-se a vulnerabilidade do consumidor diante das ofertas do mercado, já que, induzido por falsas necessidades, termina por adquirir o crédito de maneira descontrolada e desorientada, na falsa expectativa de manter sua identidade social ou até de crescer na escala social.

⁵⁰ AZEVEDO, Marta Britto – Consumidor consciente:..., p. 198.

⁵¹ CASADO, Márcio Mello – Proteção do consumidor...p.19.

Com isso, o desenvolvimento do capitalismo e o advento da sociedade de massa provocaram a ampliação do setor financeiro, passando-se a observar que a simples transação de compra e venda deixou de ser uma relação bilateral simples de consumo e passou a ser uma relação complexa envolvendo o crédito que financia a compra do produto. O crédito deixou de ser um artigo exclusivo do setor economicamente favorecido, passando a estar presente em todos os setores da sociedade. Essa realidade pode ser facilmente observada nos indicadores apresentados pela Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Créditos e Serviços (ABECS), que mostram que, de setembro de 2008 a setembro de 2009, o crescimento das transações e do faturamento das empresas de cartões de crédito cresceu em média 14% (catorze por cento)⁵². E também nos dados apresentados pela Febraban, no estudo do panorama do mercado de crédito realizado em 30/9/2009 pelo economista Rubens Sardenberg, que apontou o crescimento das operações de crédito e ainda a projeção de crescimento para o ano de 2010⁵³.

Entretanto, observou-se que a informação sobre o crédito, a educação financeira da sociedade, não acompanhou a velocidade da evolução do crédito. Essa disparidade trouxe como consequência a banalização do crédito, sua concessão irresponsável e um consumo induzido e inconsequente, responsáveis pelo aumento do endividamento da sociedade, o que, por conseguinte, aumenta o risco do superendividamento. Conforme aponta Clarisse Costa de Lima⁵⁴:

“O crédito é, na atualidade, considerado o motor do consumo de massa e um dos mais importantes meios da política dos poderes públicos na luta contra o subconsumo e as ameaças de desaceleração econômica. Deixou de ser concebido como um mal necessário para ser concebido como uma força que se impõe no desenvolvimento social e econômico do país.”

Bem colocado por essa autora, o crédito é atualmente indispensável para o desenvolvimento da sociedade, pois é através dele que a política pública consegue disponibilizar às classes menos favorecidas da sociedade a possibilidade de adquirir os bens necessários e essenciais à subsistência digna. Por exemplo, hoje se observa que as famílias com baixa renda, para terem um fogão ou uma geladeira em casa, precisam de

⁵² Anexo 1

⁵³ Anexo 2

⁵⁴ LIMA, Clarisse Costa – O dever de informação nos contratos de crédito ao consumidor em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, janeiro-março de 2009, p. 10.

que tais artigos sejam financiados em longas prestações. Com isso, a simples venda de uma geladeira passou a envolver a concessão do crédito, trazendo à relação uma terceira parte, aquela que irá financiar a compra e venda do consumidor.

Ocorre que, com a banalização da concessão de crédito, os consumidores não têm as informações necessárias para compreender a complexidade da relação atual e do funcionamento do crédito adquirido. Passam a ser induzidos a crer que a única preocupação que devem ter é se a parcela do financiamento caberá no orçamento familiar. A falta de educação financeira e das informações necessárias sobre a complexidade da relação e do real funcionamento da concessão de crédito gera o déficit de consentimento do consumidor, podendo levá-lo ao superendividamento.

Como se vê, a quebra da confiança, a ausência da transparência e da boa-fé contratual e a falta de informações necessárias e essenciais à contratação desequilibram a relação, agravando a vulnerabilidade do consumidor e, como consequência direta, podem levá-lo ao superendividamento. Está-se diante de um caso típico da chamada “nova crise contratual”, expressão utilizada para denominar o atual momento de insegurança nas contratações, em verdadeira crise de confiança⁵⁵.

Portanto, o que se constata é que o consumidor – dentro da nova realidade, a da sociedade do crédito - passou a adquirir crédito sem ter sido preparado para isso⁵⁶. A sociedade criou novas necessidades de consumo e através da concessão de crédito⁵⁷ possibilitou o acesso à satisfação dessa necessidade à população menos favorecida, sem a correta educação financeira. Surgiu a problemática do despreparo da sociedade para

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima – A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual – Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007; pp. 18 e 19.

⁵⁶ A exemplo disso tem-se a crise financeira americana, que decorreu da concessão irresponsável do crédito imobiliário. Em 2001, o mercado imobiliário americano sofreu expansão com o incentivo do governo, que reduziu a taxa de juros para tornar mais acessíveis aos consumidores empréstimos e financiamentos, principalmente para os consumidores de baixa renda com dificuldade de comprovar renda, e por isso com o risco de inadimplência maior. A banalização na concessão desse crédito foi tanta, que ficou conhecida no mercado americano como Hipotecas Ninja – “no income (sem renda), no job (sem emprego), no assets (sem bens).– LIMA, Almir Freire: Entenda a crise dos Estados Unidos, publicada em 27/7/2008 em <http://www.blogdoriella.com.br>, acessada em 2/12/2009. Ocorre que em 2006, o mercado imobiliário americano começou a desvalorizar-se, a taxa de juros começou a subir, o que afastou os consumidores e aumentou o índice de inadimplência. Em 2008 a crise atingiu grandes proporções no mercado financeiro, levando à quebra diversos bancos e financeiras, chegando a afetar toda a economia americana e mundial, dada a ausência de credibilidade que os títulos imobiliários americanos negociados no mercado internacional⁵⁶. - Folha OnLine – Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA – disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u454948.shtml> , em 29.11.2009.

⁵⁷ “A concessão de crédito, em geral, implica na colocação de dinheiro à disposição do creditado para sua restituição em determinado prazo; deste fato, depreendendo-se da existência de duas prestações recíprocas (entrega e restituição) e de duas prestações comutativas (o prazo e o juro), elementos que são comuns a uma diversidade de negócios jurídicos que podem ser definidos como contratos de créditos (...)” - CASADO, Márcio Mello – Proteção do Consumidor... p. 37

saber como lidar com esse novo produto, gerando o superendividamento e o despreparo dos consumidores de lidar com o crédito de forma consciente, preservando sua existência digna.

Capítulo 2. O SUPERENDIVIDAMENTO

2.1 Conceito e importância do estudo da figura jurídica do

superendividamento

O superendividamento é o fenômeno no qual o devedor-pessoa física, consumidor leigo, de boa-fé, encontra-se impossibilitado de adimplir todas as suas dívidas de consumo, atuais e futuras⁵⁸. A Comissão de Direitos do Consumidor da União Européia definiu o superendividamento como sendo a condição na qual as pessoas encontram-se incapacitadas de pagar suas dívidas com suas próprias rendas⁵⁹. Para Flávia Franco do Prado Carvalho⁶⁰, o superendividamento é a situação em que a pessoa física tem mais débitos do que capital de giro para saldar suas despesas.

Não se podendo deixar de considerar que o fenômeno do superendividamento envolve a dignidade humana, deve ser compreendida a dimensão psicossocial do consumidor superendividado, que frequentemente se encontra com a vida desestruturada, em isolamento social e quadro depressivo, sentindo-se pessoalmente culpado pela situação de sua família, por fim com sua autoestima e sua afetividade degradadas. Deduz-se que a consequência do superendividamento é a brusca redução da liberdade financeira, o que pode gerar inclusive situação de miséria e marginalidade social e perda da qualidade de vida, tendo em vista a redução da capacidade de consumo; e ainda a perda dos laços sociais, decorrente da perda do *status* social que o consumo promove⁶¹.

O que se observa, portanto, é que urge a necessidade do tratamento do superendividado não só na busca da educação do consumo de forma a prevenir o fenômeno, como também para curar o superendividado atual, que não se conseguiu prevenir, além de criar formas para responsabilizar futuramente aqueles fornecedores que concederam o crédito de forma irresponsável ao consumidor, gerando-lhe sérios danos como apontado. Logo, aquele fornecedor que extrapola o exercício regular de seu direito, causando prejuízo aos consumidores, tem o dever legal de indenizá-los pelos danos causados. Como já se explicitou, o fornecedor tem o dever de cooperação a fim

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; p.14.

⁵⁹ SAMPAIO, Marli Aparecida – Educação para o consumo: uma proposta de educação transversal no tratamento do superendividamento do consumidor – Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito Metodista de São Paulo – disponível em 25/10/2009 em <http://www.metodista.br/revistas/revistas-metodistas/indez.php/RFD/article/viewFile/465/461>

⁶⁰ CARVALHO, Flávia Franco do Prado Carvalho – a Co-responsabilidade do fornecedor de crédito diante do superendividamento do consumidor – revista da ESMESE, n. 11, 2008 – disponível em 25/10/2009 em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22098/1/co-responsabilidade-fornecedor-credito.pdf>

⁶¹ SAMPAIO, Maria Aparecida – Educação para o consumo:...op.cit.

de evitar a ruína do consumidor, logo, o dever de esclarecer sobre as consequências do endividamento do crédito contratado⁶², sempre tendo em mente que nesta pesquisa se está tratando do consumidor superendividado de boa-fé.

Como aponta Felipe Kirchner⁶³, esse fenômeno deve considerar a dimensão ontológica do sujeito superendividado e trazer essa realidade para o debate jurídico, inclusive destacando que enquanto o instituto do contrato está centrado no dogma da autonomia privada, o pacto consumerista é realizado mais pelo desejo e pela necessidade do agente do que por sua vontade, o que evidencia a vulnerabilidade do consumidor. Nessa linha de raciocínio, a efetivação do tratamento do endividamento crônico não envolve apenas os interesses do consumidor-devedor, pois para o credor a vantagem do contrato reequilibrado maximiza a possibilidade da satisfação do seu crédito, bem como para a sociedade há a vantagem da ressocialização desse cidadão que se encontrava apático com as circunstâncias trazidas pelo fenômeno.

2.2 Fatores geradores do superendividamento

É cada vez maior o papel do crédito na sociedade atual, pois a cada dia se evidencia seu caráter essencial ao desenvolvimento da sociedade pós-moderna no auxílio ao combate à pobreza. De fato, o crédito se transformou em um instrumento de melhoria de qualidade de vida, pois o acesso presente a produtos e serviços mediante reembolso futuro satisfaz a necessidade básica e a integração da população menos favorecida ao seio da sociedade, contemplando o sentimento de alcance do *status* social de cidadão.⁶⁴

Com isso, pode-se declarar que o crédito deixou de ser um “artigo de luxo” à população economicamente favorecida, passando a ser um instrumento poderoso de combate à pobreza e de satisfação à dignidade humana, transformando-se no principal aliado do progresso econômico mundial.⁶⁵ A sociedade atual possui a cultura do consumo, na qual se associa à ideia de felicidade e de *status* social o ato de adquirir

⁶² CARVALHO, Flávia Franco do Prado Carvalho – a Co-responsabilidade do fornecedor de crédito diante do superendividamento do consumidor...op cit.

⁶³ KIRCHNER, Felipe – Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividado de pessoas físicas – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, Janeiro-Março de 2008, n. 65, p. 69.

⁶⁴ PEREIRA, Wellerson Miranda – Sugestões para a harmonização das soluções jurídicas sobre o crédito ao consumidor no Mercosul – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, Abril – Junho de 2008, pags. 207 e 237.

⁶⁵ PEREIRA, Wellerson Miranda – Sugestões... – cit., p. 222.

bens. Ocorre que esse poder concedido ao crédito trouxe consigo a exploração do nicho de forma agressiva e abusiva, sem observar o dever legal de informação e lealdade. Heloísa Carpena e Rosângela Lunardelli, nessa mesma perspectiva, destacam:

(...) a concessão de crédito cria condições de acesso ao consumo e freqüentemente se apresenta como único meio para aquisição de produtos e serviços. Crescentemente utilizado pela sociedade, em especial nas classes menos favorecidas, o crédito para o consumo se apresenta, de um lado, como motor do processo capitalista, financiando a atividade econômica; e por outro, como fonte de abusos por parte do fornecedor, ensejando a elaboração de novas teorias e normas disciplinadoras dessa relação.⁶⁶

A massificação das relações contratuais, em especial através dos contratos de adesão, trouxe uma nova realidade contratual em contraposição ao conceito clássico de contrato, isso porque contratos com cláusulas pré-redigidas não possuem o equilíbrio contratual entre as partes, inexistindo a segurança da liberdade contratual. Mais que isso, na sociedade pós-moderna passou-se a observar que o contrato muitas vezes deixou de ser por liberdade de escolha, inclusive do parceiro contratual, passando a ser por necessidade de sobrevivência social digna⁶⁷.

Fator importante nessa massificação da contratação do crédito é a forma como o crédito tem sido concedido no mercado. As publicidades estão cada vez mais ofensivas, criando necessidades aos consumidores, sem, contudo, informá-los das consequências do crédito ao adquiri-lo, o que se demonstrará em tópico específico.

Dada essa realidade, observa-se que os contratos celebrados no mercado de serviços financeiros estão cada dia mais complexos, pois com a ampliação da oferta dos serviços, a relação contratual, que sempre foi bilateral, passou a ser complexa, visto que de um simples contrato de compra e venda – baseado apenas no produto e no preço ofertado – passou a surgir a compra e venda financiada – na qual se negocia não mais o produto e o preço, mas sim o produto e o crédito – trazendo à relação contratual bilateral o terceiro integrante, que irá financiar esse crédito ao contratante.

Jerusa Zanandrea Formolo Slomp esclarece que o crédito tornou-se um serviço conexo à compra e venda, tendo as sociedades empresárias que antes apenas tratavam

⁶⁶ CARPENA, Heloísa e LUNARDELLI, Rosângela – Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. Revista de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais. n.55, julho – setembro de 2005. p. 134

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima – Contratos no código de defesa do consumidor..., p. 163.

de venda de produto, passado a agregar em seus negócios o contrato de financiamento, o que demonstra a desburocratização e a disseminação do acesso ao crédito.⁶⁸

Apesar da mudança da realidade contratual apresentada, o consumidor, de modo geral, não foi preparado para essa mudança, desconhecendo a complexidade envolvida nos contratos celebrados no mercado financeiro. Observa-se que se utilizando a ignorância do consumidor, o fornecedor tem omitido informações essenciais, gerando um déficit de consentimento contratual. E é esse déficit de consentimento que, via de regra, faz com que o consumidor contrate crédito de forma irresponsável, por até desconhecer as reais consequências da contratação.

Há que se citar que os fatores geradores do superendividamento são a concessão do crédito fácil, de forma banalizada, sem a correta educação do consumidor e sem a contratação adequada, entendendo-se por contratação adequada aquela justa que obedece aos princípios constitucionais da boa-fé, da função social do contrato, da informação.

Porém, não são esses os únicos fatores; há também o superendividamento gerado pelas questões supervenientes da vida, ou seja, desemprego, acidentes, doença na família, além do aumento no custo de vida, inclusive dos gastos essenciais como água, luz, alimentação e moradia. Por isso, a perda superveniente da renda ou da capacidade de consumo poderá levar o consumidor ao superendividamento.

Conclui-se que os fatores que geram o superendividamento se dividem em fatores ponderáveis e fatores imponderáveis⁶⁹, também tratados, respectivamente, como superendividamento ativo e superendividamento passivo⁷⁰. Os fatores não ponderáveis são aqueles imprevisíveis, que estão além do controle do consumidor, como os acidentes da vida e circunstâncias personalíssimas (ex: desemprego e doenças familiares). Já os fatores ponderáveis são os que estão ao alcance da sociedade e do Estado, como o déficit de consentimento contratual, a assimetria de informação e a cultura contratual clássica, que é o objeto desta pesquisa.

2.3 A oferta do crédito no mercado

⁶⁸ SLOMP, Jerusa Zanandrea Formolo – Endividamento e Consumo – artigo científico confeccionado a convite do Procon de Caxias do Sul – disponível em 25/10/2009 em http://www.caxias.rs.gov.br/procon/site/-uploads/publicação_4.pdf

⁶⁹ WADA, Ricardo Morishita – Notas da Palestra Crédito Responsável e Superendividamento – Workshop Febraban, São Paulo, julho de 2009.

⁷⁰ COSTA, Geraldo de Faria Martins da – Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 109.

2.3.1 A vulnerabilidade do consumidor

Ao tratar da oferta de crédito no mercado, não se pode deixar de dar destaque à vulnerabilidade do consumidor da relação, principalmente porque a regra da contratação do crédito na sociedade pós-moderna é em massa e concretizada pelo contrato adesão, que por sua natureza não é um contrato paritário, no qual as partes em pé de igualdade acordam as cláusulas contratuais, mas um contrato com cláusulas pré-redigidas, sob as quais o consumidor não tem outras opções, senão aceitá-las ou não contratar. Os termos contratuais se concentram nas mãos de quem detém o poder econômico (o fornecedor), expondo o consumidor à situação de sujeição total e absoluta, pois conforme demonstrado, a sociedade atual gira em torno da contratação do crédito.

Previendo essa realidade de sujeição às práticas abusivas dos fornecedores, o CDC incluiu entre seus princípios norteadores a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, D). Ao analisar a realidade, Cláudia Lima Marques vai além, trata a vulnerabilidade do consumidor a partir da função social do direito privado, que visa à proteção da pessoa ante os desafios da sociedade massificada; porque as relações de consumo englobam a função econômica, a social e a de circulação de riquezas, logo, necessariamente, deverá ser reconhecida a vulnerabilidade do consumidor⁷¹. Isso enquadra a vulnerabilidade do consumidor nos princípios constitucionalmente estabelecidos de proteção ao consumidor e da isonomia.

Dada a vulnerabilidade do consumidor, o CDC prevê seu direito à transparência, à boa-fé, à informação eficiente do produto ou serviço contratado, dando destaque, no art. 52, aos contratos de crédito ou concessão de financiamento. Apenas com o cumprimento dessas normas diretivas do CDC é que se vislumbra a contratação consciente, porque haverá um reequilíbrio da relação fornecedor-consumidor, no momento da contratação.

Atualmente, todavia, vê-se que o abuso na oferta de crédito no mercado está cada vez maior. Os fornecedores não orientam os consumidores de forma a permitir que a contratação seja consciente. Ao contrário, facilitam a concessão do crédito de tal forma que a informação do produto ofertado, o crédito, é cada vez menor. A publicidade na oferta do crédito é ofensiva, o fornecedor tira proveito da vulnerabilidade do consumidor para vender seu produto ou serviço, como se verá adiante. Outra prática

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima – Introdução ao Direito do Consumidor – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009. p.38

abusiva que se tornou frequente nesse nicho de mercado é o envio ao consumidor, pelo correio, de produtos e serviços ligados à concessão do crédito, como os cartões de crédito, sem que haja qualquer solicitação do consumidor, o que viola o art. 39, II do CDC e induz à contratação de crédito irresponsável e desregrada, contribuindo para o endividamento do consumidor, que poderá atingir a situação do superendividamento.

Com isso, a observância e o respeito à vulnerabilidade do consumidor na tratativa do superendividamento é de suma importância, porque o consumidor está a cada dia mais exposto às práticas abusivas e injustas dos fornecedores de crédito, que se utilizam das publicidades ofensivas e das ofertas de crédito desregradas para criar no consumidor necessidades inexistentes e induzi-lo ao consumo do crédito de forma inconsciente e irresponsável, o que fere os princípios consumeristas e constitucionais já explorados.

2.3.2 A publicidade ofensiva na oferta de crédito ao consumidor

Se anteriormente a publicidade dos bancos e financeiras era estritamente institucional, isto é, não objetivavam vender o produto, mas sim divulgar a solidez e a segurança, transmitindo ao público-alvo a confiança que esse podia depositar em sua marca, nos últimos 5 anos⁷² essa realidade mudou drasticamente.

Com a alteração sofrida na sociedade de consumo pós-moderna, onde o crédito tornou-se elemento básico para as pessoas consumirem e conseqüentemente se enquadrarem socialmente, os bancos começaram a mudar sua estratégia publicitária, saindo do anúncio puramente informativo e institucional para o anúncio publicitário do crédito. Por meio dos comerciais dos programas populares e do *merchandising*⁷³, o crédito passou a ser anunciado como um produto banal que viabiliza o consumidor a adquirir os produtos anunciados nos demais comerciais⁷⁴.

Tal situação é alarmante, visto que as pessoas adquirem os produtos e serviços

⁷² NUCCI, Carina – Ressaca do Crédito – Revista Veja, 18/5/2008, p. 90-92 – citada por Cláudia Lima Marques em - Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul – in Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p.260. Dado esse também confirmado por CASADO, Márcio Mello – Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro..., p. 145.

⁷³ Entende-se por *merchandising* “a aparição dos produtos no vídeo, no áudio, ou nos anúncios impressos, em situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto a comunicação é subliminar.” (TAHARA, Mizuhi – Contato imediato com a mídia- editora Global, São Paulo, 1987 p. 43)

⁷⁴ CASADO, Márcio Mello – Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro...pp.145-146.

por dois motivos básicos: impulso e necessidade. O que a publicidade faz nada mais é que inocular novas necessidades nos consumidores. Karen Bertoncello, em sua dissertação de pós-graduação, bem colocou:

“Que o comprador seja curado!” A expressão é ilustrativa do papel e dos anseios do consumidor na pós-modernidade, cuja procura da felicidade é pautada pela extensão e pela qualidade dos bens de consumo adquiridos e onde a oferta de benefícios ao estado de espírito do indivíduo é moldada pelo mundo do marketing.⁷⁵

Visando proteger o vulnerável da divulgação dessa criação de novas necessidades irreais produzidas pela publicidade é que o CDC disciplinou a questão, como em seus artigos 6º, IV; 36 a 38. Nesse sentido, José Carlos Maldonado⁷⁶ expõe que “o sistema da publicidade regulado pelo CDC tem como objetivo principal evitar a publicidade clandestina, assim como a subliminar, sancionando, de forma direta e objetiva, a má publicidade e seus transgressores.”

Dois elementos são essenciais na publicidade, a difusão e a informação, sendo a difusão o meio de expressão e a informação o elemento finalístico⁷⁷. O objetivo da publicidade é informar o consumidor sobre a existência e a utilidade do produto ou do serviço. O problema está quando a publicidade não observa os princípios impostos pelo CDC, passando a ter um caráter abusivo. Geraldo de Faria, ao tratar da proteção à publicidade abusiva no Brasil refere:

A lei proíbe a publicidade enganosa, estabelecendo o *princípio da veracidade* (art. 37, §1º, CDC). “O critério de aferição da ilicitude por enganabilidade é a indução em erro”. Mesmo através de omissão (art. 37, §3º), se a mensagem publicitária for capaz de induzir o consumidor em erro, ela será enganosa, ferindo o princípio da veracidade.(...) Não se exige que ocorra efetivamente o erro, nem tampouco a prova da intenção subjetiva do anunciante. Ou seja, é proibida a mensagem publicitária que for, inteira ou parcialmente falsa, por ação ou omissão, ou capaz de induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidades, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre os produtos ou serviços.⁷⁸

⁷⁵ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz – Superendividamento e dever de renegociação – dissertação apresentada no programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, 2006. p.3.

⁷⁶ CARVALHO, José Carlos Maldonado – Direito do Consumidor:...op.cit. p. 141.

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009. p.196

⁷⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da – Superendividamento: a proteção do consumidor em direito comparado brasileiro e francês – Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.p. 61- 62.

O que tem acontecido com as publicidades dos bancos e das instituições financeiras é que atualmente têm-se mostrado cada vez mais ofensivas e, conseqüentemente, abusivas. Conhecendo e estudando o perfil do consumidor a ser atingido investem no poder da sedução, estimulando e incentivando as pessoas a consumirem crédito de forma inconsequente. Jerusa Zanandrea⁷⁹, ao tratar do papel da publicidade no superendividamento, explica que “a publicidade, sem fronteiras, utiliza todos os meios para convencer os consumidores a adquirirem determinado produto, trabalhando de forma exaustivas as ofertas, sempre vendendo mais que um produto, mas subliminarmente, uma ideia, uma filosofia, um ideal ou um *status*”.

A publicidade na oferta do crédito, então, induz o consumidor ao impulso da compra por uma necessidade irreal, que gera no consumidor uma expectativa de solução para os seus problemas. Pode-se dizer que a publicidade age diretamente na liberdade de escolha do consumidor, isto é, ao ludibriar o consumidor com falsas expectativas e informações incompletas sobre o crédito a ser adquirido, a publicidade abusiva cerceia a liberdade do consumidor⁸⁰.

Assim, verifica-se que o uso da publicidade de forma abusiva pelas instituições bancárias e financeiras é prática corriqueira. Essas instituições sempre fizeram sua marca com base na confiança e na solidez. Agora que já introduziram essa marca no mercado, utilizam-se de sua credibilidade para sua publicidade e para induzirem o consumidor a adquirir o crédito de forma banal e irresponsável, sem a correta orientação financeira. A realidade se agrava quando analisada na classe menos favorecida, em que os consumidores são hipossuficientes, tanto por falta de educação financeira, quanto pela vulnerabilidade acentuada da necessidade econômica.

Ao ofertar o crédito de forma abusiva, o fornecedor falta com o dever de informação e fere a autodeterminação do consumidor no momento da aquisição do crédito, o que agrava a situação daquele consumidor já endividado ou do consumidor que não tem educação financeira para analisar sua possibilidade de arcar com o crédito contratado. Esse procedimento viola os princípios constitucionais consolidados no CDC.

Dessa forma, pode-se concluir que a publicidade abusiva na oferta do crédito no mercado é um dos principais fatores geradores do superendividamento e, portanto,

⁷⁹ SLOMP, Jerusa Zanandrea Formolo – Endividamento e Consumo ... op.cit

⁸⁰ SAMPAIO, Marli Aparecida – Educação para o consumo: uma proposta de educação transversal no tratamento do superendividamento do consumidor ... op.cit.

um fator importante a ser combatido como forma de prevenção ao consumo de crédito irresponsável, um dos principais causadores do superendividamento ativo.

Capítulo 3. O JUSTO TRATAMENTO E MEDIDAS PREVENTIVAS PARA O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

3.1 A experiência no direito comparado⁸¹

Como aponta Cláudia Lima Marques, a lição mais importante trazida pelo direito comparado é serem possíveis dois caminhos, quando nos deparamos com o superendividamento: i) “temporizar”, reescalonar, fazer um planejamento, dividir ou até reduzir a dívida a pagar – perdendo juros e taxas – sempre garantindo ao consumidor o mínimo existencial; ii) perdoar a dívida, em parte ou no todo, a depender do patrimônio e das possibilidades do consumidor⁸².

3.1.1 Comentários sobre a experiência dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos começaram a presenciar o fenômeno do superendividamento no século XX com o crescimento de seu mercado financeiro, gerado pela fomentação da disponibilização do crédito por meio de venda parcelada aos consumidores. Com a democratização do crédito, isto é, com a liberação da abertura do mercado do crédito ao consumidor, nas décadas de 70 e de 80, a competitividade entre os fornecedores de crédito aumentou no mercado americano, o que gerou a utilização da publicidade para a captação dos consumidores. Tal publicidade, estudada no capítulo anterior, afeta diretamente a autodeterminação dos consumidores no momento da contratação do crédito. Com isso surgiu novo comportamento econômico na população norte-americana, que passou a valorar apenas os benefícios momentâneos trazidos pelo crédito, sem contudo analisar os custos futuros do crédito adquirido⁸³. Tal aquisição de crédito de forma despreparada e irresponsável traz ao consumidor a consequência do superendividamento.

A legislação americana, no seu código de falência (*Bankruptcy Code*), prevê dois tratamentos para o superendividamento. Primeiramente, o procedimento previsto no capítulo 13, o ajustamento de dívidas, no qual o consumidor superendividado se

⁸¹ Fluxograma – anexo 3

⁸² MARQUES, Cláudia Lima – Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p.290.

⁸³ KILBORN, Jasno J. – Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor buscando as causas e avaliando soluções – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p. 66 a 104.

apresenta perante o tribunal para sua confirmação, um plano geral para a quitação de suas dívidas. Sendo aceito tal plano, ao final o consumidor receberá a liberação de todas as dívidas ali previstas. Caso o consumidor não cumpra com o plano, ele poderá solicitar a eliminação de suas dívidas que não estejam cobertas por garantia pessoal ou real. Além disso, ainda segundo o *Bankruptcy Code*, através do capítulo 7, o da liquidação, poderá o consumidor requerer ao tribunal, de imediato, a liquidação dos seus ativos apurados, que darão quitação de todas as suas dívidas que não estejam cobertas por garantia real ou pessoal⁸⁴.

Assim se pode dizer que o fenômeno do superendividamento nos Estados Unidos vem sendo combatido através do *fresh start policy*, que entende que o endividamento crônico é resultado da expansão do mercado financeiro, sendo um mal necessário associado ao risco da atividade. Com isso, a responsabilidade do consumidor fica limitada à liquidação de seus bens – com participação judicial, ou acordo supervisionado pelo juiz⁸⁵ – sendo perdoado o valor residual, a fim de permitir o retorno desse consumidor ao mercado do consumo o mais brevemente possível.⁸⁶

3.1.2 Comentários sobre a experiência da França⁸⁷

O código francês de defesa do consumidor – *Code de La Consommation* – dedica dois capítulos para tratar do crédito ao consumidor. Inicialmente delimita quem é o credor e quem é o tomador na relação de crédito. Nesse aspecto, interessa observar que o credor é toda pessoa que concede empréstimos, contratos ou créditos, ou seja, o credor não está restrito a bancos e financeiras. E o tomador é o consumidor que está na outra parte da relação, desde que não utilize esse crédito para fins profissionais.

Seguindo a análise do *Code de La Consommation* verifica-se que o ordenamento jurídico francês se preocupa com a qualidade da informação transmitida ao consumidor, que deverá ser observada desde a formação da vontade do consumidor, isto é, desde o momento da publicidade que seduz o consumidor até a efetivação da

⁸⁴PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado – in Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p.159 a 190

⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Direitos do consumidor endividado..., pp. 289 e 290.

⁸⁶ KIRCHNER, Felipe – Os novos fatores teóricos... – pp. 75-76.

⁸⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da – Superendividamento: a proteção do consumidor em direito comparado brasileiro e francês – Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

operação do crédito. Para isso, o *Code de La Consommation* prevê a necessidade de que toda a publicidade que envolva o consumo de crédito informe sobre a identidade do credor, a natureza, o objeto, a duração da operação, o custo total do crédito, as taxas envolvidas e o montante dos pagamentos por prestação, para que o consumidor possa refletir sobre o produto que está adquirindo.

Nessas previsões se nota o tratamento preventivo do superendividamento, já que ao controlar a abusividade da publicidade do crédito e informar corretamente o consumidor, esse se tornará consciente daquilo que está adquirindo, combatendo dessa forma o déficit de consentimento que ocorre com frequência na realidade brasileira.

Outro aspecto do tratamento preventivo a observar na legislação francesa é a possibilidade de retratação concedida ao tomador do crédito, dentro do prazo de reflexão de sete dias. Tal tratamento evita que o consumo compulsivo ao qual o consumidor é induzido atinja a vida financeira do consumidor, pois com o prazo de reflexão poderá o consumidor analisar a pertinência e a necessidade da aquisição do crédito.

Já na fase da execução do contrato de crédito, verifica-se que no ordenamento francês predomina o modelo do regime de reeducação, que entende o endividamento como uma falha conjunta do consumidor e do sistema. Por tal motivo esse regime impõe a administração do endividamento de maneira global, renegociando as dívidas, os encargos, somente perdendo os débitos em última instância.⁸⁸ A exemplo disso, temos o “prazo de graça” (*délai de grâce*), no qual poderá o juiz conceder ao superendividado um prazo durante o qual todas as execuções contra ele serão suspensas; sobre as somas devidas não incidirão multas, nem os credores poderão resolver os contratos enquanto perdurar o benefício.

Quando não se consegue prevenir o superendividamento, a preocupação do ordenamento jurídico francês é pela preservação da honra e da existência digna do consumidor tomador, de forma a evitar a exclusão social desse indivíduo. Tanto é assim que a legislação francesa prevê a preservação do *reste à vivre*, que dá ao consumidor superendividado a garantia de que no acordo de suas dívidas será assegurado um valor para que possa sobreviver com dignidade, ou seja, o pagamento das dívidas não ocupará todo o orçamento do consumidor, restar-lhe-á garantida uma renda mínima necessária para suas despesas essenciais.

⁸⁸ KIRCHNER, Felipe – Os novos fatores teóricos... – pp. 75-76

O modelo francês traz então três momentos para o tratamento do superendividamento: i) extrajudicial, com uma comissão que faz o levantamento das dívidas do consumidor e elabora um plano para seu pagamento; ii) negociação com os fornecedores para o pagamento das dívidas; iii) judicial, que homologa e supervisiona o cumprimento do plano através do juiz.

Ao tratar da realidade francesa, Casado⁸⁹ cita Jean Calais-Auloy, que expõe que na França trata-se o superendividamento de forma a renegociar as dívidas do devedor de boa-fé, a fim de evitar sua ruína absoluta e, se possível, repará-lo pelos males gerados pela situação do superendividamento, fato que demonstra a proteção dada ao consumidor pelo legislador, que sobrepõe aos interesses dos fornecedores a proteção ao consumidor que está em situação de hipossuficiência.

Pode-se notar que na questão do superendividamento a França está mais avançada que o Brasil, até porque desde 1989 já iniciou o tratamento do endividamento dos particulares, através da lei *Neiertz*. Dada a compatibilidade das medidas de prevenção e de tratamento do superendividamento utilizadas na França com o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a doutrina majoritária tem-se utilizado do padrão francês para tratar a questão no Brasil, como se verá adiante.

3.1.3 A experiência brasileira verificada no Rio Grande do Sul

Majoritariamente, a doutrina brasileira tem aderido ao padrão europeu, baseando-se principalmente na experiência francesa, como relatam as obras de Cláudia Lima Marques e Geraldo de Faria, que são os principais autores sobre o tema, acompanhados por Rosângela Cavallazzi, Clarissa Costa Lima e Karen Rick Danilevicz Bertoncello, magistradas precursoras do Projeto Piloto⁹⁰ para tratamento das situações de superendividamento do consumidor no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No Brasil já existem previsões de cláusulas gerais que podem ser usadas diretamente no combate de prevenção ao superendividamento, dentre as quais se destacam: i) o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III do CDC), que traz o dever de cooperação dos fornecedores, a fim de evitar a ruína do consumidor contratante; e ainda nesse sentido o art. 52, do CDC, que traz novos deveres de cooperação aos fornecedores do serviço bancário, de crédito e financeiros, que reforçam a preservação dos contratos

⁸⁹ CASADO, Márcio Mello – Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro...pp.33-34.

⁹⁰ Cartilha do Superendividado - Anexo 4.

e previnem o superendividamento do consumidor de boa-fé; ii) a possibilidade da revisão contratual, nos contratos de longa duração, em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V do CDC), o que também traz um dever de cooperação ao fornecedor para renegociar a dívida, readaptando o contrato à realidade da situação financeira do consumidor, viabilizando assim sua manutenção; iii) a possibilidade de rescisão do contrato de longa duração com a restituição dos valores já pagos, mesmo que o consumidor esteja inadimplente, a fim de evitar o superendividamento (arts. 6º, V, 53, 54, §2º, 51, XI e §2º do CDC); iv) o dever de observância da função social do contrato⁹¹.

Percebe-se, porém, que na ausência de uma lei específica para tratar do superendividamento no Brasil, os consumidores têm precisado recorrer ao Poder Judiciário para fazerem valer seus direitos com base nas cláusulas gerais citadas, uma solução momentânea, paliativa e individual, pois trata apenas do contrato individual discutido na demanda, sem vincular a decisão aos demais casos. Além disso, sabe-se que não é uma solução acessível a todos, porque as pessoas de baixa renda não costumam saber de seus direitos, nem têm acesso ao Poder Judiciário para discuti-los.

Em pesquisa realizada no Rio Grande do Sul (RS) para a formação do perfil do consumidor superendividado brasileiro⁹², concluiu-se que 55% são mulheres, 69% são pessoas solteiras, 66% estão na faixa etária entre 30 e 50 anos, 47% são trabalhadores autônomos, sendo ainda 11% aposentados e 10% desempregados. Essa pesquisa detectou ainda que o maior causador desse fenômeno são os juros – não só na cobrança abusiva de juros sobre juros e cumulação de taxas que embutem juros, mas também nas comissões de permanência com outras taxas – visto que no Brasil não há a aplicação da lei de usura aos fornecedores de crédito (bancos, instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito).

Com base nessa realidade, o Poder Judiciário do RS instaurou o Projeto Piloto: “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor” em Porto Alegre, nas Comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul⁹³. Tal projeto se destinou à realização

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima – Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p. 266 - 288.

⁹² MARQUES, Cláudia Lima – Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo:... op. Cit. p.301 a 317

⁹³ LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz – Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário – Ed. GZ, Rio de Janeiro, 2009/2010, p.269-308.

de acordos tanto em demandas já em andamento no Poder Judiciário, quanto em conflitos não jurisdicionalizados. Esse projeto agregou a interdisciplinaridade, trazendo a interação entre os cursos de Direito, Psicologia, Assistência Social e Economia, isso porque visualizou que o superendividamento é fonte de exclusão social, violência doméstica, desagregação familiar e acréscimo das demandas judiciais, o que demonstra a necessidade da formação de equipes multidisciplinares para o seu tratamento.

O procedimento adotado no Projeto Piloto consiste inicialmente da iniciativa voluntária do consumidor capaz, assistido (ou não) de advogado, e é composto de passos⁹⁴: 1) preenchimento de formulários para a avaliação da real situação do consumidor superendividado de boa-fé; 2) entrega da Cartilha do Superendividado⁹⁵ ao consumidor, objetivando reforçar o aspecto preventivo e pedagógico do Projeto; 3) designação de uma audiência de renegociação do consumidor com todos os seus credores arrolados no formulário inicial, visando à renegociação da dívida, assegurando ao consumidor o mínimo existencial; 4) envio da carta-convite a todos os credores para participarem da audiência de renegociação com o devedor; 5) realização da audiência de renegociação, na qual a mediação é realizada com todos os credores e o endividado, na mesma oportunidade; assim é possível verificar e solucionar o problema de forma global, dando agilidade ao projeto e a garantia da preservação do mínimo existencial; essa renegociação poderá consistir no parcelamento das dívidas, concessão de moratória com alteração do vencimento da obrigação, redução dos encargos e até o perdão parcial ou total da dívida; 6) no acordo exitoso, há a homologação pelo Juízo, constituindo título executivo judicial; 7) não sendo exitoso, o superendividado é orientado a procurar seus direitos pela via judicial; em caso de já haver a demanda judicial, o processo é devolvido ao Juízo de origem, para seu regular prosseguimento.

A jurisprudência nacional, não exclusiva do RS, caminha no sentido de combater o superendividamento da população. Frequentemente verificam-se decisões que limitam o valor máximo do desconto em folha de pagamento dos empréstimos consignados em 30% (trinta por cento) da renda, com a argumentação da necessidade de assegurar a existência digna e da precaução contra o superendividamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL E

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Anexo 4

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR. Consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, revela-se válida a cláusula contratual que prevê o desconto em folha de pagamento. **A limitação deste ao percentual máximo de 30% dos rendimentos auferidos pelo consumidor, subtraídos os descontos legais, decorre da eficácia também entre os particulares do princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial), bem como objetiva evitar o superendividamento do consumidor. Assim, visa-se a assegurar um mínimo de rendimento para sobrevivência digna deste e de sua família.** Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA.⁹⁶ (grifado)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. Legitimidade passiva: Tem legitimidade para responder a ação relativa ao cancelamento de descontos em folha de pagamento a pessoa jurídica de direito público a que o servidor é vinculado. Cancelamento de Descontos: Os descontos autorizados (facultativos) evidenciam-se além do patamar máximo de comprometimento da renda bruta do servidor (70%) estabelecido no art. 15 do Dec. nº 43.337/04, alterado pelo Dec. nº 43.574/05. **Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.** Precedentes específicos. DECISÃO REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.⁹⁷ (grifado)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA PARA O FIM DE CESSAR OU LIMITAR DESCONTOS REALIZADOS NA CONTA CORRENTE DA AUTORA COM VISTAS A IMPEDIR O CONFISCO DE SEU SALÁRIO. DESCONTOS QUE AFRONTAM O ART. 1º, III DA CRFB E 649, IV DO CPC. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE LEALDADE, PROTEÇÃO E COOPERAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 6º, § 5º DA LEI 10.820/2003, QUE REGULA OS DESCONTOS DE PRESTAÇÕES EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ DESCONTADOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA LIMITAR OS DESCONTOS EFETUADOS A, NO MÁXIMO, 30% (TRINTA POR CENTO) DE SEU SALÁRIO, SOB PENA DE MULTA.- **Ainda que a autora tenha consentido que o réu efetuasse o desconto automático das parcelas do empréstimo em sua conta corrente, não pode o banco se apropriar da integralidade do salário do correntista, na medida em que constitui verba necessária à sobrevivência do mesmo e de sua família, sob pena de contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana.- Devem as instituições financeiras restringir a concessão de crédito a uma avaliação prévia da capacidade de endividamento de seu cliente, de maneira que apenas seja conferido crédito naquilo que se mostrar compatível com sua capacidade econômica, com sua renda mensal. Tal dever constitui corolário lógico do princípio da boa-fé objetiva, na figura dos deveres anexos de proteção, lealdade e cooperação, que preconizam que as partes se abstenham de causar dano uma à outra,**

⁹⁶ TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70031217706, Relator: Judith dos Santos Mottecy, DJ 29/7/2009.

⁹⁷ TJRS, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível 70030397277, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, DJ 22/7/2009

ou de atuar de forma desonesta ou desleal, devendo velar para que o objeto do contrato seja cumprido de forma adequada. - Há prova inequívoca da verossimilhança das alegações autorais no sentido do comprometimento de quantia indispensável à subsistência da agravada em razão dos descontos efetuados pelo agravante, assim como do perigo em aguardar a decisão final de mérito na ação declaratória de nulidade de cláusula contratual diante do caráter alimentar da importância sobre a qual incidem os descontos. Decisão que deve ser reformada para o fim de deferir, em parte, a limitação pleiteada, com base no art. 6º, § 5º da Lei nº 10.820/2003, que regula os descontos efetuados em folha de pagamento, aplicável ao caso por analogia. - Não se pode compactuar com o confisco da remuneração da correntista, entretanto, também não é curial inviabilizar, por completo, o direito do banco de receber a contraprestação devida em razão da celebração do contrato de empréstimo, **devendo o julgador se valer do princípio da razoabilidade para restringir os descontos até o montante que se mostrar necessário a assegurar a sobrevivência da parte.**- Provisório parcial do agravo, monocraticamente, para o fim de determinar que o réu se abstenha de proceder a descontos que excedam a 30% (trinta por cento) do valor depositado a título de salário na conta da agravante, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).⁹⁸ (grifado)

Nota-se ainda que a jurisprudência não se restringe ao limite do empréstimo consignado, mas também à renegociação de contratos quando há a caracterização do consumidor superendividado.

ENERGIA ELÉTRICA. PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. CONSUMIDOR. INADIMPLÊNCIA INVOLUNTÁRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PARCELAMENTO. 1. **O Princípio da Boa Fé Objetiva dos contratos constitui-se em fundamento jurídico que permite a revisão dos contratos de fornecimento de energia elétrica, nas hipóteses em que, involuntariamente, há o superendividamento do consumidor, pois impõe o dever de cooperação e lealdade.** 2. Tratando-se de inadimplência involuntária e, ainda, relativa a débitos pretéritos, não há como afirmar possível o corte no fornecimento de energia elétrica. Recurso provido.⁹⁹ (grifado)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA PARA REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONTRATO DE MÚTUO. **SUPERENDIVIDAMENTO.** PARCELA FIXADA ACIMA DA RENDA MENSAL DA CONSUMIDORA. CAUTELAR QUE OBJETIVA SUSPENDER OS DESCONTOS EM CONTA-CORRENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. LIMITAÇÃO DO DESCONTO. 1. **A máxima "pacta sunt servanda" foi mitigada, para restabelecer a comutatividade dos contratos quebrada pela padronização hodierna que obriga, em regra, pessoas em antinomia econômica e técnica.** 2. **As partes não são absolutamente livres para contratar, uma vez que o intervencionismo estatal estabelece medidas protetivas capazes de anular cláusulas em desacordo com a lei.** 3. **O**

⁹⁸ TJRJ, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2009.002.26170, Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira, Julgado em 16/7/2009.

⁹⁹ TJRS, Primeira Turma Recursal Cível, Recurso Cível 71001908813, Relator: Ricardo Torres Hermann, DJ 19/5/2009.

comprometimento integral da renda do consumidor inviabiliza sua sobrevivência, o que é vedado pela aplicação analógica da Lei nº 10.820/03, que prevê sanção àquele que deixa de observar o percentual pré-fixado pelo legislador. 4. Provimento do recurso, com reforma parcial da sentença para permitir que o desconto fique limitado ao percentual de 30% dos ganhos líquidos da autora, viabilizando seu sustento e o pagamento parcial da dívida.¹⁰⁰ (grifado)

Observa-se que apesar de não existir legislação específica para o problema do superendividamento no Brasil, como existe na França e nos Estados Unidos, o Brasil não está alheio ao fenômeno. As medidas voluntárias adotadas no Projeto Piloto no RS, mostra que é necessária a atuação multidisciplinar no tratamento do superendividado, de forma a tratar e prevenir a reincidência. Sendo assim, cabe agora a atuação do Poder Legislativo para de fato concretizarmos projetos como o do RS na realidade normativa brasileira, de forma a expandir o tratamento do fenômeno do superendividamento a toda a população.

3.2 Medidas preventivas

As medidas preventivas deverão ser vistas como mudanças de paradigmas econômicos e de comportamentos que levem à regulação do crédito ao consumidor, de forma a permitir um consentimento racional do consumidor, possibilitando-lhe que reflita sobre a dimensão do crédito, do endividamento, antes de adquiri-lo, garantindo assim a lealdade nas transações, recriando a confiança dos consumidores nos contratos celebrados¹⁰¹.

Como mencionado neste estudo, o artigo 4º, V do CDC possibilita aos fornecedores, através da autorregulação, criar mecanismos alternativos para a solução de conflitos na esfera do direito do consumidor. E é a autorregulação o caminho mais acessível e viável para que se vença o grande desafio existente, que é a busca pelo equilíbrio e pela harmonização entre a evolução tecnológica, a desburocratização do atendimento ao cliente, o acesso dos consumidores ao crédito com a prestação do serviço de forma segura e confiável.

Nessa linha, as medidas preventivas trazidas a este estudo buscam demonstrar

¹⁰⁰ TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação 2009.001.22976, Relator Elton Leme, Julgado em 20/5/2009.

¹⁰¹ PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito – coordenação de MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; p.163.

que é possível através de pactos, de acordos e da autorregulação do setor trazer para a realidade brasileira composições justas para a prevenção do fenômeno sociojurídico do superendividamento.

3.2.1 Banimento das práticas abusivas de *marketing* e publicidade

Conforme exposto, nos últimos anos houve uma mudança na prática publicitária de bancos e financeiras que passaram a atuar no mercado publicitário de forma mais agressiva, passando inclusive dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque através de campanhas publicitárias abusivas banalizaram o produto do crédito, incentivando o consumidor a adquiri-lo de forma irresponsável, sem as devidas orientações e informações sobre o produto e seus riscos.

Exemplos dessa prática abusiva são: i) as campanhas que incentivam o consumo do crédito, ludibriando o consumidor com a falsa informação de que a aquisição será com taxa de 0% (zero por cento) de juros; ii) campanhas que incentivam o consumidor a adquirir o crédito em parcelas que cabem no orçamento, sem informar a realidade, os riscos e os termos do crédito ali adquirido; iii) envio constante de cartões de crédito para a residência dos consumidores, sem prévia solicitação; iv) campanhas com o atrativo de concessão de crédito sem consulta aos bancos de cadastro (SPC e Serasa), sem informar ao consumidor o preço que isso lhe acarretará; v) campanha direcionada a consumidores hipervulneráveis, como os idosos, sem a correta linguagem para a compreensão do produto.

Constata-se, então, a necessidade da busca pelo equilíbrio entre a campanha publicitária no mercado do crédito e a correta e adequada informação ao consumidor, que significa trazer para o mercado campanhas sobre o consumo responsável do crédito. Ao invés do incentivo ao consumo pelo impulso, criando falsas necessidades e ludibriando o consumidor com campanhas de crédito fácil, os fornecedores devem incentivar a publicidade educativa do consumo do crédito, campanhas informativas que conscientizem o consumidor sobre o produto do crédito, suas vantagens e seus riscos. Com isso se equilibra o respeito aos direitos básicos e fundamentais do consumidor com a publicidade do crédito, de forma a prevenir o superendividamento.

A União Européia caminha nesse sentido, como se observa na Proposta de Diretiva do Parlamento e do Conselho Europeu, relativa ao crédito aos consumidores – COM2002/0222 – que visando proteger o consentimento do consumidor, bem como

promover a lealdade e a boa-fé contratual, propôs: i) toda a publicidade que verse sobre crédito deve possuir informações básicas que demonstrem ao consumidor o exato produto a ser contratado; ii) a oferta de crédito deverá ser sempre apresentada por escrito, com as informações detalhadas sobre a modalidade de crédito a ser contratada; iii) o empréstimo responsável, ou seja, o fornecedor deverá ter a obrigação de aconselhamento, que é feita após o levantamento de todas as informações financeiras do consumidor, avaliando assim a solvibilidade deste, devendo ainda alertá-lo das vantagens e dos inconvenientes da aquisição do crédito, além de avaliar a forma contratual mais adequada à necessidade e à condição do consumidor¹⁰².

O CDC protege o consumidor da prática da publicidade abusiva, como já visto, entretanto, sem a conscientização da sociedade, a infração à norma do CDC se perpetua. As propostas trazidas pela União Europeia na COM2002/0222 são totalmente viáveis e plausíveis a serem aplicadas pelo mercado de crédito brasileiro. Ao conscientizarmos o consumidor, com as corretas e exatas informações sobre o crédito a ser adquirido, aconselhando-o sobre o melhor produto a contratar, de acordo com suas necessidades e capacidade financeira e alertando-o sobre as vantagens e os riscos do crédito adquirido, com certeza a prevenção do superendividamento estará concretizada.

3.2.2 Cumprimento efetivo do dever de informação

A realidade contratual da concessão de crédito no Brasil hoje é gravíssima e alarmante. Apesar das proteções ao consumidor trazidas pelo CDC, na prática os contratos estão cada dia mais complexos e de difícil compreensão aos leigos. Não são observadas as regras da informação adequada sobre o produto, sobre as taxas que nele incidirão e sobre as penalidades em caso de inadimplemento. As informações essenciais não são destacadas e a linguagem utilizada não é acessível ao consumidor.

Além de todas as irregularidades encontradas nos contratos de crédito, há o desafio a vencer da desburocratização do crédito *versus* o cumprimento efetivo do dever de informar. Hoje é possível adquirir crédito de forma simples e banalizada, como, por exemplo: i) no caixa eletrônico de qualquer instituição financeira é possível conseguir sacar um crédito pré-aprovado, que o banco já deixa à disposição de seu cliente; ii)

¹⁰² PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito – coordenação de MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; p.175 a 178

adquirir o crédito via internet sem qualquer tipo de orientação por parte do banco, que novamente pré-aprova crédito para seus clientes.

Sabe-se que para o banco essa facilitação na concessão do crédito desburocratizou o trâmite, deu celeridade ao atendimento da necessidade do consumidor, modernizou seu sistema e reduziu seus custos. Nesses procedimentos, no entanto, o consumidor não recebe a correta informação, nem qualquer orientação acerca do produto que está contratando. É a banalização absoluta da concessão do crédito e o total incentivo à aquisição irresponsável por parte do consumidor.

Com isso, aproveitando as propostas trazidas pela União Europeia, é possível apontar que os fornecedores de crédito devem se obrigar na conscientização, na educação e no incentivo do consumo responsável do crédito. Sendo assim, necessário combater e banir a possibilidade do crédito pré-aprovado ao consumidor sem a consultoria e a orientação de que ele precisa. É necessário o incentivo ao empréstimo responsável.

De fato, tal prática trará um custo maior ao fornecedor, mas o objetivo de todo contrato é o seu cumprimento, para que se viabilize a circulação da riqueza. Conclui-se que o consumo consciente do crédito reduzirá o índice de inadimplência, trazendo um retorno financeiro maior para o banco, cumprindo o contrato com sua função social, propiciando um maior acesso consciente do crédito a toda sociedade, pois se se reduzir a inadimplência, a taxa de juros se reduzirá, o que possibilitará maior acesso ao crédito.

Com isso, ao se viabilizar o cumprimento da função social do contrato, prestando correta e adequada informação ao consumidor, orientando o consumidor para o consumo consciente do crédito, com certeza estar-se-á prevenindo o superendividamento e equilibrando a evolução do mercado financeiro com o respeito aos direitos dos consumidores.

3.2.3 Superação do déficit de consentimento

Já se demonstrou que o déficit de consentimento está intrinsecamente ligado ao cumprimento do dever da prestação adequada da informação e à segurança contratual, à confiança depositada no contrato celebrado. Conforme demonstra Cláudia Lima Marques, o contrato na sociedade pós-moderna sofre com a crise de confiança, que é

externa à dogmática contratual e pode ser solucionada pelo correto uso das novas cláusulas gerais do direito privado brasileiro¹⁰³.

Seguindo essa linha de pensamento verifica-se que, para que haja a superação do déficit de consentimento que ocorre atualmente na contratação do crédito, é necessária a colaboração ativa dos fornecedores de crédito, a fim de cumprirem com as normas gerais e principiológicas trazidas pelo CDC. Neste estudo restou demonstrado que o CDC, na busca pela justiça, traz em suas normas gerais medidas de compensação para a proteção da parte fraca da relação de consumo, o consumidor, sabendo-se ser dever do fornecedor observar tais normas no momento da contratação com o consumidor. Infelizmente, não é essa a realidade verificada.

Os contratos de crédito, reitera-se, estão cada vez mais obscuros e de difícil compreensão, o que inviabiliza a prestação adequada da informação. Para se superar o déficit de consentimento do consumidor no momento da contratação do crédito é necessário o combate aos contratos que não informam ao consumidor o produto e seus riscos.

Cabe aos fornecedores elaborarem contratos com linguagem acessível ao consumidor vulnerável e hipervulnerável. Aqui surge um novo desafio, porque se sabe que a atividade financeira necessita de uma linguagem técnica avançada, que é inacessível à população leiga. Dessa forma, como superar a linguagem técnica avançada para prestar a informação ao consumidor no momento da contratação?

Inicialmente cumpre lembrar que o contrato deve: i) cumprir com sua função social – seguir as orientações principiológicas presentes no ordenamento jurídico, de forma a respeitar a dignidade humana, não permitindo a abusividade e a exploração dos economicamente fortes sobre os mais fracos; ii) cumprir com seu objetivo de circulação de riqueza; iii) ter em seu ambiente contratual a presença de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. Ao não observar esses deveres do contrato, instala-se a crise de confiança.

Para superar essa crise evidencia-se a necessidade da orientação do fornecedor ao consumidor no momento da contratação do crédito; assim se previne o superendividamento através do incentivo ao empréstimo responsável. Além disso, os contratos deverão destacar todas as cláusulas que tragam deveres e riscos aos

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima – A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 19.

consumidores. Porque não pensarmos em inserir nos contratos de crédito quadro sinóptico do contrato contendo a descrição do produto, seus riscos e suas indicações em linguagem simples, pela qual a informação seja efetivamente transferida ao consumidor?

Outro aspecto importante é que se verifica que o consumidor, no momento da contratação do crédito, tem sido compelido a contratar de imediato, muitas vezes até pela necessidade iminente, sem ter tempo hábil para analisar o produto e a conveniência de sua contratação, procedimento que incentiva o consumo irresponsável do crédito que o levará ao superendividamento.

Para combater essa problemática, como visto, a França concede ao consumidor o direito à retratação num prazo de reflexão de sete dias, o que previne o consumo compulsivo a que o consumidor é induzido. Através do prazo de reflexão poderá o consumidor analisar a pertinência e a necessidade da aquisição desse crédito. No CDC existe a previsão do direito de arrependimento, no art. 49, mas se restringe às aquisições realizadas fora do estabelecimento do fornecedor, ou seja, pela internet ou pelo telefone.

Conclui-se que há os meios jurídicos necessários para se superar o déficit de consentimento contratual na sociedade pós-moderna. Faz-se necessário conscientizar os fornecedores para colaborarem e cumprirem com seus deveres, presentes nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, para que o objetivo do contrato seja alcançado e o superendividamento prevenido.

3.3 Tratamento

3.3.1 Insuficiência do tratamento concedido ao insolvente civil

No ordenamento jurídico brasileiro existe a previsão do tratamento ao devedor insolvente através do instituto da “Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente”, previsto nos artigos 748 ao 786-A do Código de Processo Civil (CPC). Tal mecanismo, por ser de direito comum, não se destina exclusivamente aos consumidores, mas sim a todo indivíduo cujas dívidas superem em valor a importância dos bens do devedor. Demonstra-se, portanto, a insuficiência desse instituto no tratamento do consumidor superendividado, que merece tratamento diferenciado dada a especificação de sua situação de consumidor abrangida pelo CDC.

Para que ocorra a execução por quantia certa contra o devedor insolvente é preciso que tal insolvência seja decretada judicialmente. Conforme explica Luiz Fux¹⁰⁴ “o processo da insolvência civil submete-se a *rito bifásico* onde se encara a *primeira fase cognitiva*, com a *declaração judicial da insolvabilidade*, e a *segunda fase de execução*, com a *arrecadação dos bens e o pagamento dos credores*”.

Importante é que esse processo de execução tem a característica da universalidade, tanto em relação aos credores, quanto aos bens do devedor, isto é, atinge todos os credores (ainda que não façam parte da ação judicial) e todos os bens do devedor insolvente, independentemente de penhora¹⁰⁵. E seu objetivo é a defesa dos créditos de todos os credores do insolvente¹⁰⁶, o que contribui para a insuficiência desse tratamento ao consumidor superendividado.

Segundo o art. 753 do CPC, a declaração de insolvência poderá ser requerida por qualquer credor quirografário, pelo devedor ou pelo inventariante do espólio do devedor. No processo de conhecimento, o devedor deverá expor ao Juízo as causas de sua insolvência (art. 760, III do CPC), demonstrando que tal procedimento traz a ideia de culpa do devedor, em sentido moral, pela situação em que se encontra¹⁰⁷. Isso não condiz com a realidade do fenômeno do superendividamento.

Decretada a insolvência do devedor, suas dívidas serão antecipadas; seus bens suscetíveis de penhora (quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo) serão arrecadados; e instaura-se a execução por concurso universal dos credores do insolvente (art. 751 do CPC). Será nomeado um administrador para a massa, dentre os maiores credores (art. 761, I do CPC), que irá gerir esses bens sob a direção e a superintendência do juiz (art. 763 do CPC).

Dada a publicidade do procedimento a todos os credores, é feita a liquidação dos bens do devedor. Para Luiz Fux¹⁰⁸, esse instituto “é inspirado em preceitos de justiça distributiva e equidade, posto não ser justo que apenas alguns credores suportem a ruína patrimonial do devedor comum”. Por isso, todos os bens são agrupados em uma só massa, de forma a responder pelo crédito de todos os credores proporcionalmente.

¹⁰⁴ FUX, Luiz – O Novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial – Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008. p. 454.

¹⁰⁵ DONIZETTI, Elpídio – O novo processo de execução – Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 335.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – Revista Âmbito Jurídico, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2229, em 28/11/2009

¹⁰⁸ FUX, Luiz – O novo processo de execução:...op.cit. p. 448.

Não havendo saldo suficiente para quitar todos os créditos, o devedor continuará obrigado ao débito pelo prazo prescricional de cinco anos (art. 778 do CPC).

Caso seja verificado que o devedor não deu causa ao seu estado de insolvência, poderá requerer ao Juízo uma pensão, se a massa comportar, que será arbitrada após serem ouvidos os credores (art. 785, CPC), o que corrobora com o fato de esse procedimento ser realizado no exclusivo interesse do credor, estando o devedor em situação de sujeição¹⁰⁹.

Sendo assim, fica demonstrada a insuficiência do tratamento concedido ao devedor insolvente para o tratamento do superendividamento. Isso porque, no instituto da “Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente” não são analisadas as causas geradoras do superendividamento, o seu enfoque é no credor. Ou seja, ao aplicar esse instituto ao consumidor superendividado, não observaria o conceito de justiça aqui defendido, pois se exporia o consumidor à situação de sujeição ao interesse dos fornecedores credores, o que iria contra os princípios norteadores do CDC, visto não observar sua situação de fragilidade na relação de consumo.

Além disso, observa-se que no instituto ora analisado não se tem espaço para se verificar a responsabilidade do fornecedor que concedeu o crédito de forma irresponsável ao consumidor. E ainda mostra-se insuficiente, porque o superendividamento é um fenômeno sociojurídico que necessita de tratamento multidisciplinar, a fim de se evitar a reincidência do consumidor, bem como reintroduzi-lo no mercado econômico e na sociedade.

3.3.2 Viabilidade da renegociação da dívida¹¹⁰

Observou-se neste estudo que o superendividamento surge na fase de execução do contrato, seja pelos abusos na formação do contrato, seja por causas supervenientes que atingiram o devedor durante o termo do contrato. Com isso, uma forma de

¹⁰⁹ PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – Revista Âmbito Jurídico, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2229, em 28/11/2009

¹¹⁰ Bertocello, Karen Rick Danilevicz – Superendividamento e dever de renegociação – dissertação a de apresentada no programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, 2006

tratamento a ser sugerida é a renegociação da dívida. Como demonstrado no ordenamento jurídico francês, o tratamento do superendividamento se fundamenta exatamente na renegociação da dívida, de forma a viabilizar o cumprimento dos contratos de crédito, mantendo sempre o mínimo existencial ao devedor. Karen Bertoncello entende o dever de renegociação como a forma de correção e de restabelecimento da justiça contratual e conseqüentemente de preservação da dignidade humana.

Nessa linha cumpre analisar a possibilidade e o incentivo à cláusula *handship*, que provém do acordo entre as partes e normalmente não está prevista na contratação em massa. Por essa cláusula as partes convencionam o dever de renegociar o contrato em determinadas circunstâncias, podendo ter essa renegociação uma função de adaptação ou de integração do contrato. O amparo dessa cláusula está na autonomia da vontade e relaciona-se não com a teoria da lesão, por estar relacionada com o desequilíbrio contratual advindo na fase de execução do contrato, e não ao desequilíbrio existente na formação do contrato. O objetivo dessa cláusula, portanto, é a preservação do equilíbrio econômico do contrato em execução, ou seja, a superveniência que enseja a renegociação do contrato deverá sempre estar relacionada a acontecimentos que abalem a economia do contrato.

Deduz-se que a cláusula da renegociação nada mais é do que a concretização da função social do contrato, no seu aspecto positivo previsto no art. 4º, V do CDC, motivo pelo qual poderá servir de remédio ao superendividamento, já que visa à preservação da relação contratual e não à sua resolução, como as demais previsões legais existentes. Podemos vislumbrar que a cláusula *handship*, tão utilizada no ordenamento jurídico internacional, traz um tratamento adequado para se reequilibrar o contrato quando surgem situações supervenientes de cunho econômico que causem o desequilíbrio da relação com a geração de ônus excessivo à parte afetada.

Buscando então trazer para o tratamento do superendividamento a renegociação do contrato, cumpre analisarmos a existência do dever de renegociação, objetivando a manutenção do contrato de forma viável ao consumidor superendividado e a estabilização negocial do mercado de crédito. Conforme estudado, o objetivo do contrato é ser cumprido de forma a propiciar a circulação da riqueza.

O superendividamento ativo se enquadra na constatação da excessiva onerosidade advinda do consumidor, que para cumprir com o contrato demandará de esforço que lhe acarretará sérios danos, o que inviabilizará seu cumprimento. Para que

seja feita a revisão contratual, através dos remédios legais existentes, é preciso que esse consumidor busque a tutela jurisdicional, restringindo a solução processual apenas ao caso específico discutido na demanda.

Sendo assim, ao se permitir o reconhecimento do dever de renegociação, previsto no art. 480 do CC, se trará ao fenômeno do superendividamento um tratamento adequado, no qual o fornecedor, obedecendo à função social do contrato e ao seu dever de cooperação, em conjunto com o consumidor endividado de boa-fé que busca meios para adimplir suas dívidas, minorará os danos causados pelo inadimplemento, evitando e tratando as consequências sociojurídicas do superendividamento.

3.3.3 A ressocialização do consumidor superendividado

O superendividamento, como se demonstrou nesta pesquisa, é um fenômeno que afeta diretamente a realidade social do endividado. O consumidor superendividado perde sua identidade social – que a cada dia se baseia mais na sustentabilidade da posse e na ostentação de bens do que nos valores éticos e morais – apresenta fragilidade emocional, sentimento de fracasso e de vergonha em relação à família e à sociedade, além de afetar diretamente a condição de subsistência digna, pois o consumidor deixa de ter recursos para arcar com as despesas básicas para sua existência digna e de sua família. Nessa linha, Marcela Lopes de Carvalho Pessanha Oliboni expõe: “(...) o consumidor superendividado torna-se um excluído socialmente, passa a amargurar uma angústia existencial, uma impotência diante da vida, sobrevivendo abaixo de um padrão de dignidade”. Os problemas trazidos pelo fenômeno estudado não se restringem aos financeiros, mas a problemas de saúde pública e exclusão social.

Luciana Gazzaneo¹¹¹ destaca que o consumo atualmente possui uma dupla função na vida do consumidor: a satisfação de necessidades e a realização de desejos, sendo essas as frentes de projeção do crédito, que tornaram o crédito a forma corrente do orçamento da grande maioria da população. Portanto, o superendividamento afeta toda a família do consumidor, que é excluída do convívio e tem afetada sua condição de manutenção de uma existência digna.

Outro enfoque importante a ser analisado é que as consequências trazidas por

¹¹¹ GAZZANEO, Luciana – O superendividamento do consumidor: anotações a partir do direito italiano - - Revista Divisa, Itapiranga, v. 5, n. 1, p. 161 - 175, jul./dez. 2008 – disponível <http://www.seifai.edu.br/divisa/v5n1-2008pdf/Capitulo10.pdf>, em 30/11/2009.

esse fenômeno extrapolam a individualidade do consumidor afetado e transformam-se em um problema da sociedade, podendo inclusive atingir a balança econômica do país, porque o aumento do superendividamento poderá causar: i) a elevação do risco da atividade, dado o aumento da inadimplência, e conseqüentemente das taxas de juros e das tarifas para a concessão do crédito, ou seja, o crédito ficará mais caro; ii) desestímulo de investimento no mercado nacional, dado o alto risco de inadimplência; iii) um esvaziamento dos consumidores em potencial, pois o superendividado é banido como consumidor do mercado do crédito, enquanto permanecer nessa situação. Daí a importância de tratar o superendividado para viabilizar a ressocialização e a reinserção do superendividado e de sua família no mercado de consumo.

Importa frisar que no processo da ressocialização do consumidor no mercado de consumo e na sociedade como um todo, deve-se enfatizar o trabalho educativo do consumo do crédito. Não adianta apenas renegociar a dívida do consumidor, concedendo-lhe a possibilidade de voltar a consumir. Cabe ensinar esse consumidor a consumir o crédito de forma consciente e responsável, já que como visto o crédito hoje é essencial ao orçamento das famílias. Do contrário se devolverá ao mercado um consumidor despreparado, com tendências a novamente ser vítima do mercado e retornar ao *status* do superendividamento.

O tratamento de ressocialização do superendividado não deverá se restringir à assistência judiciária que possibilitará a renegociação da dívida e a responsabilização pelos danos gerados pela concessão irresponsável do crédito, trazendo ao consumidor o tratamento justo dessa realidade. É primordial que o tratamento seja interdisciplinar, que associe ao tratamento jurídico o tratamento psicossocial e o econômico-educativo. Só assim será possível reintegrar ao mercado do crédito um consumidor consciente e preparado para enfrentar a realidade da sociedade pós-moderna.

CONCLUSÃO

Restou demonstrada a importância do estudo do fenômeno do superendividamento, que além de trazer consequências jurídicas atinge a esfera socioeconômica de toda a sociedade, e por isso deve ser combatido no âmbito global e não individualmente, nos casos apresentados ao Poder Judiciário.

Observando a experiência no direito comparado, conclui-se que apesar do ordenamento jurídico brasileiro não possuir uma tutela específica para o tratamento e a prevenção do superendividamento, já existe amparo jurídico justo que permite a adoção de medidas preventivas, protetivas e de tratamento ao superendividado, que têm aplicação imediata. A exemplo disso, explorou-se a experiência do Rio Grande do Sul, que tem tratado o superendividamento de forma global, permitindo a reintegração do superendividado ao mercado de consumo e à sociedade, de forma preparada.

O que falta ao Brasil no combate ao superendividamento é a conscientização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sobre a importância desse fenômeno de modo a traçar linhas de combate no âmbito da prevenção e no âmbito do tratamento e da punição, com enfoque preventivo, aos fornecedores de crédito que agem de forma abusiva, desrespeitando as normas legais em vigência.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Rui Rosado Junior – A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 14, Editora Revista dos Tribunais, abril a junho/1995

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos – O princípio da informação à luz do código civil e do Código de Defesa do Consumidor – *in* Introdução Crítica ao Código Civil (organizador Lucas Abreu Barroso). Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006. p.108

AZEVEDO, Marta Britto – Consumidor consciente: liberdade de escolha e confiança – Revista de Direito do Consumidor n. 67, julho-setembro 2008, Editora Revista dos Tribunais

BARBOSA, Fernanda Nunes – Informação: direito e dever nas relações de consumo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008. p.34

BENJAMIN, Antônio Herman V. – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009

BESSA, Leonardo Roscoe – Proteção Contratual – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009. p.284

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz – Superendividamento e dever de renegociação – dissertação apresentada no programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, 2006

CARVALHO, Flávia Franco do Prado Carvalho – a Co-responsabilidade do fornecedor de crédito diante do superendividamento do consumidor – revista da ESMESE, n. 11, 2008 – disponível em 25/10/2009 em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22098/1/co-responsabilidade-fornecedor-credito.pdf>

CARVALHO, José Carlos Maldonado – Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial, 4ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p.14

CASADO, Márcio Mello – Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro – 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006

CARPENA, Heloísa e LUNARDELLI, Rosângela – Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. Revista de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais. n.55, julho – setembro de 2005

COSTA, Geraldo de Faria Martins da – Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002

DONIZETTI, Elpídio – O novo processo de execução – Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008

Folha OnLine – Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA – disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u454948.shtml>, em 29.11.2009

FUX, Luiz – O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial – Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008

GAZZANELO, Luciana – O superendividamento do consumidor: anotações a partir do direito italiano - Revista Divisa, Itapiranga, v. 5, n. 1, p. 161 - 175, jul./dez. 2008 – disponível <http://www.seifai.edu.br/divisa/v5n1-2008pdf/Capitulo10.pdf>, em 30/11/2009

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito – Introdução Crítica ao Código Civil, organizador Lucas Abreu Barroso, Editora Forense, Rio de Janeiro 2006. pp.119 e 120

KILBORN, Jasno J. – Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor buscando as causas e avaliando soluções – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006

KIRCHNER, Felipe – Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividado de pessoas físicas – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, janeiro-março de 2008, n. 65, p. 69

LIMA, Almir Freire: Entenda a crise dos Estados Unidos, publicada em 27/7/2008 em <http://www.blogdoriella.com.br>, acessada em 2/12/2009

LIMA, Clarisse Costa – O dever de informação nos contratos de crédito ao consumidor em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, janeiro-março de 2009

LÔBO, Paulo Luiz Netto – A informação como direito fundamental do consumidor. Estudos de direito do Consumidor – Coimbra, n. 3, 2001. p. 110

LORENZETTI, Ricardo Luis – Fundamentos do Direito Privado – Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo, 1998

MANCEBO, Rafael Chagas – A função social do contrato – Ed. Quartier Latin. São Paulo, 2005

MARQUES, Cláudia Lima – A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 27 a 29

MARQUES, Cláudia Lima – A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual – Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. pp. 181 e 182

MARQUES, Cláudia Lima – Introdução ao Direito do Consumidor – Manual de direito do consumidor, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009

MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; p.14.

MIRAGEM, Bruno – Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 201

NEGREIROS, Teresa – Teoria do contrato: novos paradigmas – 2ª edição, editora Renovar. São Paulo, 2006

NUCCI, Carina – Ressaca do Crédito – Revista Veja, 18/5/2008, p. 90 a 92

PEREIRA, Wellerson Miranda – Sugestões para a harmonização das soluções jurídicas sobre o crédito ao consumidor no Mercosul – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, abril – junho de 2008

PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – *in* Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito – coordenação de MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006

PEREIRA, Wellerson Miranda – Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexão sob uma perspectiva de direito comparado – Revista Âmbito Jurídico, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2229 em 28/11/2009.

PUTNAM, Roberto D. – El declive del capital social – Ed. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2003.

RAWLS, John – Uma teoria da justiça – tradutora Jussara Simões, revisão Álvaro de Vita – 3ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2008

RIBEIRO, Luciana Antonini – A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais – A nova crise do contrato, coordenadora Cláudia Lima Marques – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007

ROBOREDO, Alda Regina Revoredo – Contrato – função social e cláusulas abusivas – Ed. Juruá Curitiba, 2007. p. 43.

ROPPO, Enzo – O Contrato – Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina. Coimbra, 1988. p. 335 e seguintes. *Apud* TORRES, Andreza Cristina Baggio – Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais nas sociedades de consumo – Ed. Juruá. Curitiba, 2007.

ROPPO, Enzo – O contrato – tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina. Coimbra, 2009.

SAMPAIO, Marli Aparecida – Educação para o consumo: uma proposta de educação transversal no tratamento do superendividamento do consumidor – Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito Metodista de São Paulo – disponível em 25/10/2009 em <http://www.metodista.br/revistas/revistas-metodistas/indez.php/RFD/article/viewFile/465/461>

SCHREIBER, Anderson – A proibição abusiva nas relações de consumo – Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006

SLOMP, Jerusa Zanandrea Formolo – Endividamento e Consumo – artigo científico confeccionado a convite do Procon de Caxias do Sul – disponível em 25/10/2009 em http://www.caxias.rs.gov.br/procon/site/-uploads/publicação_4.pdf

TAHARA, Mizuhi – Contato imediato com a mídia, Editora Global, São Paulo

TORRES, Andreza Cristina Baggio – Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais nas sociedades de consumo – Ed. Juruá. Curitiba, 2007

VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004

VARELA, Grazielle. A função social do contrato. Revista Direito Universitas/Jus, Centro Universitário de Brasília, Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, n. 13, janeiro a junho/2006. p. 175

WADA, Ricardo Morishita – Notas da palestra “Crédito responsável e superendividamento” – Workshop Febraban, São Paulo, julho de 2009.