

Geyson Gonçalves

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O MÍNIMO EXISTENCIAL:
UMA ABORDAGEM GARANTISTA**

Tese submetida ao Programa de pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gonçalves, Geyson

O superendividamento e o mínimo existencial : uma abordagem garantista / Geyson Gonçalves ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori - Florianópolis, SC, 2016.
210 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. superendividamento. 3. mínimo existencial. 4. consumidor. 5. garantismo. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Geyson Gonçalves

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O MÍNIMO EXISTENCIAL:
UMA ABORDAGEM GARANTISTA**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação em Direito.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2016.

Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Francisco Carlos Duarte, Dr.
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva, Dr.
Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina

Prof. João Luiz Martins Esteves, Dr.
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Delamar José Volpato Dutra, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico este trabalho aos meus amores
Isabela, Bruno e Thiago e aos meus
pais, Geraldo e Maria José, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente para a realização deste trabalho.

Aos meus amores, Bela, Bruno e Thiago, pelo carinho e torcida.

Aos meus pais e irmãos, Geraldo, Maria José, Fabíola e Ivson, pela compreensão e incentivo.

Aos amigos do CMF, Antônio, Luimar, Magno, Marcellus, Roger, Robson e Roberto. *Para frente, custe o que custar...*

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, pela oportunidade e liberdade acadêmica proporcionadas;

Aos professores Francisco, Cláudio Regis, Delamar e Cláudio Ladeira, pela leitura atenta, contribuições e críticas indicadas durante a defesa prévia da tese.

Aos amigos desde o mestrado, Rogério e Cláudio, pelos incontáveis debates acadêmicos e políticos.

Aos amigos Carlos, Renata, Jonas, Dóris, Fernando, Ana, Caio, Carol, Cláudio e Larissa, pela presença constante nos últimos anos.

Aos sócios e amigos do Escritório, Rogério, Leonardo, Ariani, Amanda, Filipe e Felipe, pela solidariedade.

Aos colegas professores da Faculdade Cesusc, lugar onde fiz grandes amigos.

Aos meus colegas advogados membros da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SC;

Aos professores e servidores do PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina.

Numa sociedade sinóptica de viciados em comprar/assistir, os pobres não podem desviar os olhos; não há mais para onde olhar. Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que emanam das vitrines, e mais profundo o sentido da realidade empobrecida, tanto mais irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz, o êxtase da escolha. Quanto mais escolha parecem ter os ricos, tanto mais a vida sem escolha parece insuportável para nós.

Zygmunt Bauman, em Modernidade Líquida.

RESUMO

O presente trabalho tem por temática central o superendividamento dos consumidores e suas relações com o regime do crédito ao consumo e a garantia ao mínimo existencial, partindo do pressuposto conceitual que o consumidor superendividado não tem condições de suportar todas as obrigações assumidas, especialmente as obrigações decorrentes das operações de crédito, sem que comprometa a possibilidade de com sua remuneração garantir o pagamento de outras obrigações essenciais, como alimento, moradia, transporte, entre outros. Partindo da teoria garantista, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, o trabalho analisa a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (previsto na Constituição federal de 1988) como um princípio regulativo, com aplicação imediata, nos casos dos consumidores superendividados. A discussão sobre o superendividamento justifica-se não apenas por sua atualidade, em que a sociedade de consumo define muitas necessidades como essenciais e que o consumo de novas camadas da sociedade brasileira aumentou significativamente, como também diante da existência de lacuna (ausência de norma específica) sobre o tema, já que o mesmo ainda não está regulado na legislação brasileira. O objetivo principal do trabalho é auxiliar na construção do entendimento de que há um limite máximo de comprometimento de renda dos consumidores para que se possa garantir o mínimo existencial. Este limite, na falta de outro específico, pode ser retirado do próprio ordenamento jurídico, em leis que tratam sobre a concessão de vários tipos de financiamento e que atingem um percentual máximo de 35% da renda do consumidor. Fundada nesta percepção, propõe-se a utilização analógica do critério legislativo presente na denominada Lei dos Consignados (Lei nº 10.820/2003), que limita o comprometimento máximo da renda dos consumidores em patamar que visa preservar o mínimo existencial dos endividados, para todos os casos que se caracterizem como consumidores hipervulneráveis superendividados.

Palavras-chave: Superendividamento. Sociedade de consumo. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Garantismo.

ABSTRACT

The present work has as its central theme the over-indebtedness of consumers and their relations with the regime of consumer credit and guarantee to the existential minimum, on the basis of the conceptual assumption that the over-indebted consumer is not in a position to bear all the obligations assumed, especially obligations arising from credit operations, without compromising the possibility of their remuneration guaranteeing the payment of other essential obligations, such as food, housing, transport, among others. Starting from the guarantor theory, developed by Luigi Ferrajoli, the paper analyzes the application of the principle of the dignity of the human person (provided for in the Federal Constitution of 1988) as a regulative principle, with immediate application, in the cases of over-indebted consumers. The discussion on over-indebtedness is justified not only by its timeliness, in which the consumer society defines many needs as essential and the consumption of new layers of Brazilian society has increased significantly, as well as the existence of a gap (absence of specific rule) on the subject, since it is not yet regulated by Brazilian legislation. The main objective of the work is to help in the construction of the understanding that there is a maximum limit of commitment of income of the consumers so that the existential minimum can be guaranteed. This limit, in the absence of a specific one, can be removed from the legal system itself, in laws that deal with the granting of various types of financing and which reach a maximum percentage of 35% of the consumer's income. Based on this perception, it is proposed the analogical use of the legislative criterion present in the so-called "Payees Act" (Law 10,820/2003), Which limits the maximum commitment of the income of the consumers in order to preserve the existential minimum of the indebted ones, for all the cases that are characterized as over-indebted hipervulnerable consumers.

Keywords: Over-indebtedness. Consumer society. Dignity of human person. Minimum existential. Garantism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
ANEFAC – Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade
BCB – Banco Central do Brasil
CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público federal
CC – Código Civil (Lei nº 10.406/2002)
CCF – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos
CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)
CNC – Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo
DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942)
PNAD – Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio
PEIC – Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor
SERASA – Centralização de Serviços dos Bancos
SPC – Sistema de Proteção ao Crédito
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O MÍNIMO EXISTENCIAL	27
2.1 CONCEITO(S) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI	32
2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	42
2.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	50
3 A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES E A AUTONOMIA DA VONTADE	57
3.1 A MODERNIDADE LÍQUIDA E A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES	57
3.2 A AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DE CONSUMIDORES: AS NOVAS “NECESSIDADES”.....	81
4 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO....	97
4.1 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL....	97
4.2 A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: A ESPECIAL PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES	109
4.2.1 A vulnerabilidade agravada pela pobreza e analfabetismo.....	113
4.3 SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEITO E ESPÉCIES	117
4.3.1 Conceito de superendividamento.....	118
4.3.2 Espécies de superendividamento	123
4.3.3 O aumento do crédito no Brasil, a “nova classe média” e a inadimplência como elementos de superendividamento.....	130
5 O SUPERENDIVIDADO E A NECESSIDADE DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	145
5.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS	146
5.2 LIMITES AO COMPROMETIMENTO DE RENDA DOS CONSUMIDORES PARA EVITAR O SUPERENDIVIDAMENTO	151
5.2.1 A lei nº 10.820/2003 (lei do crédito consignado) e o limite máximo de comprometimento de renda disponível	152
5.2.2 A consignação em folha de pagamento no âmbito do sistema de gestão de pessoas do poder executivo federal) e o limite máximo de comprometimento de renda	156

5.2.3 O Projeto de Lei (PLS) nº 3.515/2015 – proposta de tratamento ao consumidor superendividado.....	157
5.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ANALOGIA PARA FIXAÇÃO DE LIMITE MÁXIMO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA PARA AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS.....	161
5.3.1 A existência de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento do consumidor superendividado.....	163
5.3.2 A analogia como forma de integração do ordenamento jurídico no caso direito do consumidor	167
5.3.3 A limitação do alcance das dívidas de operações financeiras a 35% dos vencimentos do consumidor superendividado.....	173
6 CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS	195

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como problema a adequação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada no tratamento dado aos consumidores superendividados (ou sobreendividados) e da garantia do direito ao mínimo existencial, em uma abordagem que privilegia a defesa dos consumidores como um direito fundamental.

A metodologia usualmente empregada para a interpretação no direito “privado” privilegia a vontade do sujeito (ou autonomia da vontade privada), principalmente em relação aos atos negociais. Esta tradição, em nosso ordenamento jurídico, passa a ser questionada de forma mais direta a partir da entrada em vigor do texto constitucional de 1988 e de uma conseqüente viragem hermenêutica, especialmente com o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais, no constitucionalismo contemporâneo, aproximou os direitos ditos como privados, usualmente vinculados a códigos e legislação infraconstitucional, do texto constitucional. Esta aproximação altera a matriz hermenêutica destes direitos, agora “vinculados” a uma abordagem constitucional, mais especificamente relacionados aos direitos fundamentais.

Neste sentido, o já reconhecido alcance do princípio da dignidade da pessoa humana deve também ser considerado em relação ao tratamento de consumidores que, impactados pela sociedade de consumo contemporânea (sociedade de hiperconsumo), acabam por contrair dívidas bem superiores à sua capacidade de pagamento, ultrapassando assim os limites considerados adequados para que possam, além do pagamento das obrigações (dívidas) assumidas, garantir a manutenção do mínimo existencial.

Apesar disso, ainda não está consolidada uma interpretação sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos consumidores superendividados. Ao contrário, o tratamento dado ao fenômeno, cada vez mais frequente na sociedade de consumo, é de prevalência absoluta do vínculo obrigacional, ainda que atinja duramente o núcleo jurídico essencial da pessoa humana. O ordenamento jurídico brasileiro ainda trata os consumidores superendividados como responsáveis exclusivos por contrair obrigações que comprometem sua qualidade de vida, ignorando completamente a responsabilidade dos fornecedores e do impacto das técnicas utilizadas pelas grandes

corporações para suscitar desejos (e mesmo “necessidades”) nas pessoas (consumidores).

Além disso, este trabalho parte do pressuposto que a hermenêutica constitucional contemporânea deve ser a referência na (re)construção do tratamento dado à relação consumerista, articulando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (e de seu corolário material que é o mínimo existencial) e da autonomia privada na garantia dos direitos fundamentais do consumidor superendividado. Articular os dois temas é uma tarefa ainda em construção em vários momentos do direito privado, em especial também no direito do consumidor.

O trabalho tem como objetivo principal verificar a possibilidade de adequação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada no tratamento dado aos consumidores superendividados, levando em consideração o severo comprometimento do denominado “mínimo existencial”, verdadeiro núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana (CF de 1988, art. 1º, III) e cuja concretização é necessária para garantir condições materiais adequadas de existência digna.

Além disso, tem como objetivos específicos (a) apresentar os direitos fundamentais em uma perspectiva garantista, suas características e fundamentos na teoria de Luigi Ferrajoli, bem como a natureza jurídica e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente relacionado ao seu núcleo material (mínimo existencial) e suas relações com a interpretação de negócios jurídicos realizados entre particulares; (b) investigar a autonomia privada, seus(s) conceito(s) e atualidade em uma sociedade de consumo de massa (“sociedade de hiperconsumo”), característica das últimas décadas, a partir do surgimento de novas necessidades e do incremento da produção e da globalização econômica; (c) investigar o direito do consumidor como um direito fundamental e reconhecê-lo como personagem central da sociedade contemporânea, bem como sua tendência ao consumo de bens “supérfluos”, resultando, em casos específicos, em um endividamento superior a sua capacidade de pagamento (superendividamento); e (d) investigar a aplicação do conceito de “mínimo existencial” (núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana) como balizador da autonomia privada no caso do tratamento dado ao consumidor superendividado, especialmente para, em função da lacuna normativa relacionada ao instituto (superendividamento), buscar a aplicação analógica de dispositivos legais existentes para o tratamento do consumidor superendividado em função de operações de crédito, contratadas junto às instituições financeiras.

O direito moderno trouxe consigo diversas promessas. O rompimento com o modelo medieval abriu amplas possibilidades de criar-se uma estrutura democrática em que a maioria da população, até então alijada de qualquer forma de participação na produção normativa, pudesse ser ouvida, ainda que indiretamente, e estabelecesse os novos padrões jurídicos.

Uma das premissas modernas, cultuada como verdadeiro dogma no direito “dito” privado, é a liberdade e sua manifestação, mais sentida no direito contratual: a denominada autonomia privada. Construída como fundamento de uma nova ordem, a autonomia privada, por isso mesmo, é usualmente vinculada a um ideário liberal (individualista), que acaba por ideologizar de forma importante o seu conteúdo. A liberdade individual para contratar nos exatos termos que pretende está relacionada a um ideal oitocentista de que afastando o Estado como órgão repressor, o exercício pleno da liberdade estaria limitada somente à liberdade (direitos) do outro. Assim, em outras palavras, a pessoa pode (ou poderia) exercer livremente seus direitos, com apenas alguns limites externos estabelecidos por lei, para permitir a convivência, em uma explícita adequação às teorias contratualistas modernas.

Esta esfera de autonomia, embora inegável nas teorias jurídicas contemporâneas, torna-se mais complexa a partir do momento que outros princípios são erigidos a um patamar constitucional (como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, por exemplo) e na consolidação de um Estado democrático de direito de cunho social (em superação ao modelo liberal) e, desta forma, mais “intervencionista”.

E este “intervencionismo” também é sentido nas relações contratuais, diante da brutal mudança nas estruturas de produção e circulação de bens e mercadorias, especialmente com o surgimento da globalização, e o surgimento de uma sociedade de massa e, por consequência, dos denominados “contratos de massa”. Aqui, o dirigismo contratual, já conhecido desde o século XIX nas relações de trabalho, atinge também as relações de consumo.

No direito “privado”, esta mudança na forma de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico é sentida em vários aspectos: nos conceitos de propriedade (intervenção direta do Estado por meio de desapropriações, por exemplo), contratos de consumo (com o dirigismo contratual) e mesmo no direito de família (com uma regulação, por exemplo, das relações de poder familiar – com crianças e adolescentes). Em função disso, há ramos de direito que, embora inicialmente entendidos como de “direito privado”, diante da inquestionável existência da autonomia privada como fundamento, paulatinamente foram alterando

sua classificação para um ponto equidistante entre os “tradicionalistas” ramos de direito público e privado (inicialmente constituídos pelo direito civil e direito comercial), diante da cada vez maior regulação (intervenção) estatal em seus institutos.

Assim, aos já tradicionais protagonistas do direito privado (proprietário, empresário, cônjuge, contratante e testador) é acrescido um novo sujeito em uma nova dinâmica jurídica, delimitados pelo direito do consumidor. Este ramo do direito encontra seus fundamentos históricos há cerca de 50 (cinquenta) anos, o que demonstra seu “frescor” em relação a outros tradicionais ramos de direito privado.

No Brasil, o direito do consumidor (e a proteção ao consumidor) passa a ter *status* de matéria constitucional apenas com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e, por isso mesmo, a aplicação dos princípios constitucionais nas relações de consumo é um assunto atual e necessário.

O debate sobre o direito do consumidor aumenta sua importância na exata medida do aumento da intensidade das relações de consumo, cada vez mais identificadas, não apenas como uma manifestação de liberdade, mas também como uma busca por identidade. Em um país que apresenta índices ainda alarmantes de desigualdade social, temos, ao mesmo tempo, parcela significativa da população buscando acesso ao crédito para satisfação de necessidades essenciais para toda a família (como moradia e eletrodomésticos, por exemplo) e outras que caminham para experiências de consumo de luxo e cada vez mais individualizadas.

Nesta sociedade de consumo de massa, consumir deixa de ser encarado apenas como mero “contrato” que possibilita a aquisição dos bens e serviços necessários ou simplesmente desejados. É mais que isso, é um modo de vida, uma possibilidade de inserção, aceitação social e prazer individual.

Neste contexto, o consumidor é “bombardeado” diuturnamente por ofertas que não apenas expõem produtos que podem saciar as necessidades e desejos existentes, mas também criam outros desejos e “novas necessidades”. Esta exposição, em alguns casos, leva o cidadão-consumidor a busca desenfreada de crédito para satisfação das antigas e novas necessidades e desejos. E o mercado de crédito aumenta em proporções avassaladoras.

Se por um lado, o aumento de renda experimentado pela população brasileira nos últimos anos representa um incremento na democracia, com uma quantidade significativa de pessoas saindo de uma situação de miserabilidade e ingressando no mercado consumidor, por outro, o aumento na concessão e na facilitação do acesso ao crédito faz surgir um

número cada vez maior de pessoas que têm seu orçamento comprometido em proporções acima do razoável, afetando sua possibilidade de pagamento e, muitas vezes, interferindo na possibilidade de satisfação de suas necessidades básicas (realmente essenciais). É o surgimento do fenômeno do superendividamento em escala importante.

O superendividado, portanto, tem muitas vezes afetado o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o mínimo existencial, necessário para uma existência digna, fica comprometido com o avanço dos credores (instituições financeiras de maneira muito especial) nos rendimentos do consumidor. O valor das dívidas contraídas não permite uma solução a curto prazo e o sistema jurídico infraconstitucional atual (ainda que os projetos de lei encaminhados ao Congresso tentem minimizar o impacto) não tem qualquer solução específica para o consumidor superendividado em geral, contando apenas com leis que traduzem a preocupação com o superendividamento do consumidor em casos específicos (como o financiamento para aquisição de imóvel próprio pelo SFH e a Lei dos Consignados que limitam a possibilidade de endividamento do consumidor a um patamar aceitável).

Mais ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana e seu “mínimo existencial” são solenemente ignorados nas relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores, que neste caso, em boa parte das vezes, oferta crédito em larga escala de forma irresponsável, não deixando espaço para que outras necessidades da pessoa possam ser satisfeitas, comprometendo de forma bastante dura as condições de vida do consumidor superendividado.

É correto afirmar, como já indicado, que há uma preocupação com a concessão de crédito para aquisição de alguns bens essenciais (exemplo de imóveis para moradia), com regulamentação sobre o percentual de limitação do comprometimento de renda (por exemplo). Entretanto, não há qualquer regulação na desenfreada oferta de crédito para aquisição de outros bens, que são cada vez mais rapidamente substituídos por outros. Assim, somadas as dívidas (inclusive as que têm limitação), muitos consumidores comprometem muito mais que a metade dos rendimentos com pagamentos (especialmente juros bancários).

E a questão é como mediar (articular) a liberdade do consumidor (autonomia privada) e os efeitos nefastos de um superendividamento, levando em consideração o direito à garantia do denominado “mínimo existencial”, decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Aqui não se trata de ignorar completamente a responsabilidade individual do consumidor por suas escolhas. Não se trata, portanto, de considerar o consumidor como um incapaz do ponto de vista civil (Código Civil, artigos 3º e 4º), mas, sobretudo, uma análise sobre a garantia do mínimo existencial aos casos de superendividamento que não são voluntários e decorrem de alterações inesperadas na vida do consumidor. Se não é possível (ou no entender deste trabalho desejável) tratar o consumidor como incapaz, é necessário levar em consideração o conceito de vulnerabilidade, conceito-chave para explicar a necessidade de proteção ao consumidor, necessidade aliás, prevista na própria Constituição federal de 1988. A própria boa-fé, um princípio inafastável do contrato (de consumo da mesma forma), deve ser analisada para que as consequências do superendividamento sejam suportadas por ambos os contratantes: o consumidor e o fornecedor (irresponsável) de crédito. Hoje, no tratamento dado à matéria pela ordem normativa infra-constitucional, apenas os consumidores arcam com as consequências das obrigações assumidas de forma inadequada.

Não se pode ignorar que todos têm direito à sobrevivência e, mais que isso, a uma existência digna, em que a preservação do mínimo existencial talvez seja a melhor tradução. Logo, não é mais admissível que as decisões judiciais ignorem o fato de que alguns consumidores têm sua possibilidade de “sobrevivência e existência digna” maculadas com o pagamento de dívidas que são estimuladas pelos fornecedores (não esquecendo que os consumidores são, por expressa previsão legal, vulneráveis na relação de consumo). Mais ainda quando os próprios fornecedores, neste caso específico as instituições financeiras, têm meios suficientes, por meio dos inúmeros cadastros disponíveis, para verificar a capacidade econômica que os consumidores, já endividados (ou superendividados), têm de suportar os encargos do contrato que está sendo firmado.

E considerando que alguns grupos de consumidores ainda têm que lidar com vulnerabilidades ainda mais severas do que as normalmente já aceitas pelo ordenamento (por conta do reconhecido desequilíbrio existente entre consumidores e fornecedores numa relação de consumo), como é o caso dos consumidores com vulnerabilidade agravada pela condição socioeconômica ou mesmo pelo analfabetismo, circunstâncias que afetam um grupo ainda considerável de pessoas no país, é razoável também considerar que a necessidade de controle do sistema judicial para garantia de direitos fundamentais (indisponíveis) desse grupo de pessoas também existe, mesmo que uma legislação específica sobre o tema ainda não tenha sido adotada.

E o superendividamento é este caso, exatamente quando os denominados bens fundamentais (bens sociais) deixam de ser possíveis aos consumidores que não conseguem adimplir suas dívidas e, dessa forma, são excluídos do sistema de crédito e do consumo de bens (e serviços) indispensáveis à sua integridade, impactando diretamente no conceito de mínimo existencial, expressão material do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser garantido, ainda que em restrição à autonomia da vontade, nos casos em que seja necessária esta intervenção, especialmente no caso dos consumidores hipervulneráveis.

A metodologia empregada neste trabalho levou em consideração o método de abordagem, o método de procedimento e as técnicas de pesquisa. O trabalho utilizou o método dedutivo, que partindo de normas gerais, princípios em sua maioria, pretende apontar uma solução analógica para os casos específicos que apresentem as características do objeto estudado. O método de procedimento foi o monográfico e as técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e documental.

Assim, no primeiro capítulo é apresentado o conceito de princípios, de forma especial o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além do tratamento dado a esse grupo de direitos na teoria de Luigi Ferrajoli. Da mesma forma é apresentado um dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, e sua relação com a chamada “constitucionalização do direito civil”. O papel dos princípios e sua aplicação na teoria garantista, especialmente dos denominados princípios regulativos, é essencial para o desdobramento dos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, o trabalho aborda a sociedade de consumidores, expressão que surge com o início da sociedade de consumo de massa e que se desenvolve mais recentemente, principalmente a partir do pós Segunda Grande Guerra Mundial, com a globalização econômica e a transformação das relações de consumo, o que impacta também no conceito de autonomia privada, já inicialmente transformada no século XIX com a intervenção legislativa nos contratos de trabalho. A sociedade de consumidores cria novas necessidades, que passam a ser tão importantes para as pessoas como as de subsistência, criando uma situação de desconforto e consumo em larga escala como uma forma de satisfação pessoal.

No terceiro capítulo, o direito do consumidor, ou mais precisamente a defesa do consumidor, é apresentado como um direito fundamental e é apresentado o conceito de superendividamento como uma distorção da sociedade de consumo. O Superendividamento surge como um problema não apenas para a pessoa superendividada, que não

tem meios de resolver suas dívidas atuais e futuras, boa parte delas incorporadas por operações de crédito, mas também para todo o sistema econômico. O capítulo analisa o impacto superendividamento na garantia ao mínimo existencial do devedor e a consequente relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No último capítulo, o trabalho analisará a necessidade de garantia ao mínimo existencial dos consumidores superendividados, especialmente nas suas operações de crédito, que consomem grande parte da renda deste grupo específico de devedores (superendividados) e, diante da ausência de previsão legislativa específica para apreciação do fenômeno, propõe meios de preservar o mínimo existencial dos superendividados, entre eles o uso de analogia de dispositivos legislativos que estabelecem um percentual máximo de comprometimento de renda a tomadores de crédito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais, como de resto o direito de maneira geral, foram (e ainda estão sendo) construídos historicamente, dentro de uma ordem jurídica que consagrou o Estado de direito como um modelo que, embora ainda inacabado, projetou-se na modernidade como objetivo a ser perseguido, por todas as nações que deixavam a Idade Média e partiam para um “futuro promissor”, baseado no ideário iluminista de separação de poderes, de proteção à liberdade e de garantia da igualdade (ainda que uma igualdade formal em um primeiro momento).

E a designação de “fundamental” foi construída paralelamente à ideia, também surgida no início da modernidade e que se consolidou em período posterior, de prevalência das constituições, verdadeiras “cartas” de princípios e que fundamentaram a criação dos ditos Estados Modernos, sobre outras leis, outorgando, portanto, uma prevalência lógica (ou mesmo hierárquica) sobre outros direitos legislados em normas infra-constitucionais, muitos deles também previstos nas próprias Constituições (modernas ou contemporâneas).

Sobre o papel de destaque desses direitos, PIEROTH;SCHLINK (2012) esclarecem que os direitos fundamentais ocupam posição hierárquica superior a outros direitos (inscritos nas legislações ordinárias), exatamente pela sua inclusão nas Constituições e que, além disso, apresentam uma peculiar aproximação da política, já que foram frutos da luta política, tanto os primeiros quanto os atuais, e também pelo fato de que sua interpretação cai, de forma frequente, no âmbito da discussão política.

Logo, a determinação do conteúdo e dos limites de aplicação dos direitos fundamentais, como muitas vezes o próprio reconhecimento de um direito como fundamental, não é uma questão das mais óbvias de um determinado sistema jurídico, já que sua formação gradual, está relacionada com o “Estado constitucional civil dos tempos modernos, que encontrou suas primeiras configurações por ação da Revolução Americana e da Revolução Francesa” (PIEROTH;SCHLINK, 2012, p. 37) e seu desenvolvimento é contínuo e, como já indicado, sensível aos movimentos políticos experimentados durante toda a modernidade e ainda hoje em curso (sem, por ora, entrar no debate sobre a continuidade da modernidade ou sua superação).

Assim, ao tratar sobre o superendividamento e sua relação com o princípio da dignidade humana, em especial com a dimensão material deste princípio, por meio da garantia ao mínimo existencial, ou, utilizando

uma expressão desenvolvida por FACHIN (2001), da garantia ao “patrimônio jurídico mínimo”, pressupões identificar o próprio direito do consumidor como um direito fundamental e, mais que isso, identificar na teoria geral dos direitos fundamentais, elementos que possam ser utilizados para que as necessidades humanas básicas (ou essenciais) possam ser objeto da devida proteção, ainda que em “aparente conflito” com outros direitos também reconhecidos no ordenamento jurídico e mesmo que vinculados à ideia de preservação de um núcleo “patrimonial” de um determinado grupo de pessoas.

2.1 CONCEITO(S) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão “fundamentais”, *per si*, é suficiente para demonstrar o caráter especial desse grupo de direitos. E desenvolver os direitos e a proteção dos superendividados passa, inicialmente, pelo esclarecimento do próprio conceito de direitos fundamentais e a sua relação com a proteção ao mínimo existencial dos consumidores superendividados.

PIEROTH;SCHLINK (2012) indicam que o conceito pode ser entendido em duas linhas distintas. A primeira pressupõe que os direitos fundamentais são direitos da pessoa humana anteriores ao estado. A liberdade e a igualdade seriam, neste caso, legitimadoras do próprio Estado e vinculariam e limitariam seu poder. A outra possibilidade de conceituação de direitos fundamentais vai indicar que fundamentais são os direitos das pessoas não como humanos, mas como cidadãos, pertencentes, portanto, a um Estado. Neste caso, os direitos fundamentais seriam outorgados pelo Estado e não anteriores a ele.

Na mesma linha, investigando o fato de que os direitos ditos fundamentais seriam anteriores ou não ao Estado de Direito, NOVAIS (2006), ao tratar sobre o tema, revela que ainda que é possível realmente discutir o próprio conceito de direitos fundamentais e, na mesma toada, se os mesmos são uma prerrogativa que se iniciou (ou se completa) com a noção de um Estado de Direito. Da mesma forma, também aponta outra característica a ser debatida no conceito de direitos fundamentais, ao apontar a dúvida de sua vinculação com a ideia de democracia ou mesmo de um Estado de Direito democrático, em que a vontade da maioria encontraria limites (intransponíveis?) exatamente nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, nesse sentido, seriam trunfos contra a maioria (política), no sentido de salvaguarda de direitos essenciais das pessoas (especialmente os direitos de liberdade e igualdade).

Apesar disso, entende que tais direitos somente podem ser reconhecidos com o igual reconhecimento e a força normativa do próprio texto constitucional. Portanto, o debate sobre os direitos fundamentais, nesse contexto, tem que aliar o pressuposto da exigência política (e mesmo moral) de sua existência com o enunciado formal na Constituição. Assim, vincula os direitos fundamentais à existência de um Estado de Direito (constitucional).

Ainda que sem indicar quais seriam os direitos fundamentais, é possível apontar algumas características desse grupo especial de direitos. CANOTILHO (1995) vai estabelecer, de forma geral e assim como outros juristas, que uma das características dos direitos fundamentais é a necessidade de que esses direitos sejam jurídico-positivamente constitucionalizados. Assim, direitos fundamentais são apenas aqueles inscritos na Constituição e onde não existir Constituição, não haverá direitos fundamentais.

Apesar disso, a mera inscrição de direitos nas Constituições não é suficiente para que esses direitos sejam fundamentais. Para o Autor, além da denominada “fundamentalidade” formal (estar previsto na Constituição), também é necessário que tenham, na esteira de ALEXY, uma “fundamentalidade” material, que pressupõe (a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constitucionalizados; (b) a aplicação a direitos constitucionais que não sejam formalmente indicados como fundamentais de alguns aspectos do regime somente conferidos aos direitos fundamentais e; (c) a abertura a novos direitos fundamentais, sempre levando em consideração a construção histórica desses direitos.

Joaquim Carlos Salgado, ao tratar sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, explica que a expressão (fundamentais) tem seu significado garantido “num fato político de natureza planetarizante: o fato do Estado de Direito, definido como o Estado cuja finalidade ou *ratio essendi* é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas” (2003, p. 196).

São fundamentais, portanto, dentro de uma lógica que pressupõe a existência do Estado de Direito e, aproximando-se da ideia de NOVAIS, de uma Estado que se aproxime de uma ideia de proteção de todos, ainda que se considere individualmente, contra um arbítrio do próprio estado, inclusive por meio da formação de suas maiorias políticas. E, ainda desenvolvendo o conteúdo dos direitos fundamentais, SALGADO vai indicar que esses direitos (fundamentais), “quer concernentes à estrutura bio-psicológica (*zoon*), quer à estrutura ética (*logikón*) do homem como

ser pensante”, têm como conteúdo os valores também considerados essenciais. E a essencialidade desses direitos, ainda segundo o Autor, foram criadas e desenvolvidas pela cultura ocidental, na recepção, após o início da modernidade, do Estado de Direito (inicialmente o Estado de Direito liberal).

Da mesma forma, BARCELLOS, não apenas indica que os direitos fundamentais estão vinculados ao Estado de Direito como também que sua centralidade ocorre mesmo no sistema constitucional. São direitos, portanto, que têm prevalência não apenas em relação a outros direitos (não constitucionalizados), como também em relação a outros direitos constitucionais. Para a Autora, a centralidade dos direitos fundamentais decorre da centralidade da própria pessoa e sua dignidade, servindo o Estado de Direito (ou, em suas palavras, tanto o Estado como o Direito) para proteger e promover os direitos fundamentais, “de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz” (2008, p. 115).

O conceito de direitos fundamentais, portanto, deve observar a natureza constitucional de um determinado ordenamento jurídico, que desde a modernidade vem sendo estabelecido como regra, especialmente nos países ocidentais. E tratando sobre o conceito de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, já que a associação a um determinado ordenamento é essencial, SARLET (2015), seguindo o conceito já indicado por CANOTILHO, vai estabelecer que a definição pressupõe uma “fundamentalidade” formal e material simultâneas. Ao analisar, portanto, quais seriam os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, é necessária uma análise do próprio texto constitucional de 1988.

Assim, para verificar quais seriam os direitos fundamentais no país, a Constituição Federal de 1988 reservou um título (“Título II”¹) com a indicação dos denominados “direitos e garantias fundamentais”. Da análise dos artigos 5º ao 17, verifica-se quais são, a priori, os direitos eleitos como essenciais (fundamentais) pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, sobre as características que os direitos fundamentais apresentam, sem considerar sua expressa previsão no texto constitucional

¹ O Título II da Constituição Federal de 1988 é subdividido em cinco capítulos: Capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5º), Capítulo II (dos direitos sociais, arts. 6º ao 11), Capítulo III (da nacionalidade, arts. 12 ao 13), Capítulo IV (dos direitos políticos, arts. 14 ao 16) e Capítulo V (dos partidos políticos, art. 17)

como uma característica essencial, SARLET (2015) indica que: (a) os direitos fundamentais encontram-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; (b) encontram-se sujeitos a limites materiais e formais da reforma constitucional (CF, art. 60) e; (c) são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, com algumas características próprias, também os atores privados².

A análise dos direitos fundamentais, entretanto, não pode ser tão superficial a ponto de apontar apenas os direitos enunciados no Título II da Constituição Federal como portadores dessa designação (fundamentais) até porque outros direitos, embora não estejam diretamente enunciados como fundamentais, podem ser caracterizados neste grupo.

SARLET, ainda tratando sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, lembra que a própria Constituição Federal de 1988 admite, por meio de seu artigo 5º, § 2º³, que existem outros direitos fundamentais que não estão previstos no “Título II” da Constituição Federal de 1988. É o que SILVA (2007) vai indicar como referência para a classificação dos direitos fundamentais em “expressos” e decorrentes”. Assim, pela leitura do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais, ainda que “decorrentes” são extraídos dos princípios adotados pelo texto constitucional. Logo, de imediato se pode indicar que os direitos fundamentais podem ser divididos, assim como a divisão apresentada pela Constituição federal de 1988, em direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, ainda que não se tenha o objetivo, neste trabalho, de enunciarlos especificamente (vida, integridade fisiopsíquica, liberdade, igualdade, entre tantos outros).

E, se dos princípios adotados pela Constituição decorrem outros tantos direitos fundamentais (ainda que não expressos no texto constitucional), os princípios inscritos como fundamentos da República, tornam-se um parâmetro legítimo (e constitucional) de aferição da fundamentalidade de um direito. E entre os fundamentos da República

² A aplicação imediata dos direitos fundamentais tem previsão expressa no próprio texto constitucional (CF, art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) e é fundamental para o uso dos meios de integração do ordenamento jurídico, em conjunto com a analogia, em relação à solução adequada aos casos de superendividamento que não têm expressa previsão legal, adiantando, como se abordado neste trabalho, que o direito do consumidor também é um direito fundamental.

³ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(Art. 1º, III) está o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito fundamental para o desenvolvimento do tema do superendividamento.

Apesar disso, além do enunciado do princípio da dignidade da pessoa humana (seu significado e limites), o desenvolvimento deste trabalho perpassa pela definição e as garantias aos direitos fundamentais (inclusive os sociais) desenvolvidas na obra de Luigi Ferrajoli (e sua teoria garantista), partido de suas definições (e do próprio conceito de direitos fundamentais) para aplicação adequada do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial na análise dos consumidores superendividados, especialmente em suas relações com as instituições financeiras nas operações de crédito.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Ao tratar sobre a teoria garantista de FERRAJOLI, é importante, ainda que de forma rápida, tratar sobre a própria origem do termo garantismo. Nas palavras de IPPOLITO (2004), o termo garantismo pode ser vinculada ao século XIX, especialmente ao pensamento do francês Charles Fourier (1772-1837) e que, resumidamente, significava um sistema de segurança social que procurava (procura) salvaguardar (proteger) as pessoas mais fracas, garantindo seus direitos relacionados à subsistência. A ideia preconizava uma alteração da política da época por meio de um plano de reformas que atingiria as esferas pública e privada.

Para o Autor, entretanto, o termo garantismo vai ingressar na teoria italiana, já no século XX, como uma garantia do indivíduo contra o arbítrio do Estado, portanto, como garantia constitucional de liberdades fundamentais, caracterizando-se como um componente essencial do constitucionalismo moderno (antimajoritário e individual), tendo sido usado, inclusive, no verbete de “constitucionalismo”, escrito por MATTEUCCI em conjunto com BOBBIO (1997, p. 250). Desde então, o termo garantismo foi uma constante no pensamento constitucional italiano, mais especificamente de uma teoria liberal (de matriz iluminista) do direito penal (do chamando direito penal mínimo). E a partir da obra de FERRAJOLI (*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, de 1989), o garantismo passa a ser uma teoria de garantia aos direitos fundamentais, inicialmente como uma teoria de direito penal, de proteção aos direitos individuais e, posteriormente, com o próprio desenvolvimento da teoria garantista, de uma teoria geral do direito e, mais especificamente, de proteção geral aos direitos fundamentais.

E ao tratar sobre os direitos fundamentais em geral, e não apenas os que dizem respeito ao direito penal (o que vem sendo uma característica das últimas publicações de FERRAJOLI), numa perspectiva de construção de uma teoria geral do direito, é possível tratar a teoria garantista como importante, não apenas para limitar o poder, mas também para vincular seu exercício. A garantia aos direitos fundamentais, nessa perspectiva, ganha contornos de destaque, importante também para o estudo de garantia aos direitos fundamentais de outras dimensões, partindo do pressuposto que é possível estender seu alcance ao, por exemplo, direito do consumidor e, ainda que se entenda uma forma de aplicação mais direta, e mesmo óbvia, a uma garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que em uma de suas várias facetas.

A teoria dos direitos fundamentais, a partir das reflexões estabelecidas por FERRAJOLI em seu garantismo jurídico (ou “constitucionalismo garantista”), consolidam o entendimento de aplicação imediata dos direitos fundamentais, além do uso do texto constitucional (expresso, positivado) como referência obrigatória na análise de determinadas relações jurídicas. Tratando brevemente sobre os ciclos experimentados pela experiência jurídica moderna, o Autor identifica três modelos de direito que acabam por justificar a existência de sua teoria.

O primeiro, denominado de direito jurisprudencial (pré-moderno), indica um direito que, refletindo a influência histórica do direito romano e considerando a pluralidade de fontes normativas, “consiste principalmente em um patrimônio de máximas, de categorias, de princípios e precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária” (FERRAJOLI, 2015). Funda-se em um sentimento de justiça, confundindo direito e moral e identificado com o jusnaturalismo ou com direitos naturais, inerentes às pessoas por sua própria natureza⁴.

O segundo denomina-se de modelo legislativo (ou paleo-juspositivista), e inaugura a modernidade, com o surgimento de um sistema jurídico codificado em que prevalece como fundamento da

⁴ Os direitos naturais sempre foram uma referência que foi contraposta ao chamado direito posto. Importante ainda destacar que os “direitos naturais” tiveram inúmeras fundamentações durante o desenvolvimento das sociedades humanas, entre eles a natureza das coisas, a vontade divina, a razão (no caso dos direitos que deram origem ao modelo moderno e serviram de base para as revoluções burguesas do século XVIII – em especial a Americana e a Francesa) e, por último, a própria natureza humana.

existência e validade do próprio direito a forma de produção da legislação, e não o seu conteúdo. Identificado com o juspositivismo, este paradigma (modelo) separa os conceitos de direito e moral, validade e justiça, em nome da segurança e previsibilidade do ordenamento e das decisões judiciais.

O terceiro modelo é o constitucional (ou nejuspositivista), com a subordinação da legislação à constituição. Surge com as constituições rígidas pós Segunda Guerra Mundial. Neste modelo, a existência das normas continua dependendo do seu modelo de produção (como no modelo legislativo), mas sua validade depende agora de seu conteúdo. Para FERRAJOLI (2015), a modernidade, apesar de surgir com o segundo modelo, logo após a superação do jusnaturalismo, somente vai ser consolidada, ou aperfeiçoada, com a chegada do terceiro modelo (de constituições rígidas). Em especial, o modelo de constituições no pós Segunda Guerra Mundial, permitiu que fossem positivadas as formas de produção legislativa e fossem impostos, explicitamente, os limites e vínculos das normas constitucionais hierarquicamente superiores. Assim, para o Autor, a forma e a substância das normas estariam ambas vinculadas às normas constitucionais, tanto na questão da validade quanto também da conformidade e coerência.

Divergindo do que denomina de positivismo formalista (“velho positivismo” ou “paleopositivismo”), a proposta de FERRAJOLI mantém os fundamentos do direito na produção normativa, sem, portanto, buscar fundamentos além do direito, preservando sua autonomia (especialmente em relação à moral, que o Autor estabelece como uma característica do modelo jusnaturalista). Isto não significa, em nenhum momento, que o fundamento do direito possa ser restrito ao formalismo do antigo positivismo, mas a uma submissão da produção normativa a normas também substanciais de direito positivo, especialmente as normas constitucionais. Assim, reconhecendo a importância do paleo-positivismo (positivismo formalista) na criação do próprio conceito de Estado e Direito, a proposta do Autor avança para incluir a substância (conteúdo) das normas como requisito de sua validade.

Mais uma vez usando como parâmetro de divergência o “velho positivismo”, em que a validade da norma estava vinculada a requisitos formais (e apenas formais), o modelo desenvolvido por FERRAJOLI insere aspectos substanciais para a validade da norma, em especial a sua constitucionalidade, também do ponto de vista material. Este é um ponto essencial de sua teoria, que também será de grande importância na aplicação dos próprios direitos fundamentais e dos princípios que orientam esta aplicação.

E o constitucionalismo garantista de FERRAJOLI, que parte de um modelo construído em conjunto com o próprio conceito de Estado de Direito (Constitucionalizado) apoia-se em quatro postulados, que têm relação lógica e normativa entre si. O primeiro postulado é denominado pelo Autor de princípio da legalidade, em que as leis devem não apenas justificar os atos praticados em seu nome (denominado pelo Autor de mera legalidade) como também, e principalmente, estarem de acordo com o texto constitucional, sendo esta submissão ao texto constitucional, seu próprio fundamento de validade, denominado de estrita legalidade. A estrita legalidade é uma característica do modelo constitucional vigente, não sendo possível atestar a adequação de instrumentos normativos (legais ou infra-legais) sem a observância direta ao texto constitucional.

O segundo postulado do modelo garantista é o princípio da completude deontica, em que os direitos inscritos no texto constitucional devem estar acompanhados de leis garantidoras de sua eficácia (ainda que normativa). Para o Autor, ainda que o sistema apresente lacunas, não há como tornar efetivos direitos constitucionalmente previstos sem a existência de leis para sua garantia, o que se desenvolverá na parte final deste trabalho, já que se pretende apontar uma solução analógica possível para um caso ainda não diretamente legislado no direito brasileiro.

A completude deontica não ignora a existência de lacunas (ou inexistência de normas específicas para a solução de um determinado caso concreto), apenas indica que os direitos constitucionais (entre eles e ainda com maior importância, os direitos fundamentais) não podem ser ignorados sob tal “pretexto”. Apesar disso, necessitam de rigor interpretativo para que as soluções estejam presentes no ordenamento jurídico positivo, o que exclui a possibilidade de criação “judicial” do direito, no sentido de que o rigorismo na aplicação das normas existentes, inclusive na questão relacionada à integração do ordenamento (preenchimento de lacunas), deve ser um pressuposto básico de constitucionalidade.

Logo, garantir a aplicação de uma solução ao caso dos superendividados, que ainda não tem solução explicitamente indicada no ordenamento jurídico (ou pelo menos, não há lei específica sobre o assunto) é uma tarefa que exige ainda mais rigor formal, sob pena de contrariar a teoria dos direitos fundamentais preconizado por FERRAJOLI. É importante, inclusive, destacar que, para o Autor (2015, p. 75-80), o princípio da completude do ordenamento jurídico autoriza que os direitos fundamentais, ainda que não tenham legislação infra-constitucional específica, sejam garantidos, o que traz ao seu sistema de garantias os direitos fundamentais sociais (e também o caso específico do

superendividamento), que são as denominadas garantias constitucionais positivas, que pressupõem uma ação do Estado para garantir a efetividade desses direitos fundamentais⁵.

Após indicar os denominados postulados normativos. E ainda insistindo em um modelo de garantias, surge o postulado do princípio da jurisdicionalidade, em que deve haver a participação efetiva do Estado-Juiz na garantia de direitos, já que sem o controle jurisdicional sobre as violações do direito e também, e ainda de forma mais especial, sobre a aplicação do direito ilegítimo, o próprio “princípio da legalidade, seja em sentido amplo ou estrito, resultaria esvaziado” (FERRAJOLI, 2015, p. 65). Também a aplicação deste princípio apontado pelo Autor (jurisdicionalidade), é importante para as pretensões de efetividade dos direitos fundamentais que exigem uma prestação positiva do Estado, que sem a atuação (positiva) do Estado -Juiz não seria possível.

E o último postulado da teoria garantista faz clara menção ao acesso à justiça por meio dos titulares dos direitos. É o princípio da acionabilidade, que pressupõe a existência de meios para que os titulares dos direitos e interesses lesados possam ativar a garantia de seus direitos pelos órgãos competentes, em especial a própria tutela jurisdicional: “estes quatro princípios desenham a sintaxe do Estado constitucional de direito, isto é, o conjunto das regras que disciplinam a produção do direito, dando lugar, no caso de sua possível violação, ao virtual aparecimento do

⁵ Entretanto, como será desenvolvido em tópico posterior deste trabalho (no último capítulo quando se tratar da analogia), FERRAJOLI entende que a obrigação decorrente desses casos seria a de introduzir as garantias legislativas correspondentes aos direitos estabelecidos constitucionalmente. E que, portanto, nestes casos, a garantia representada pelo ordenamento jurídico (aos direitos fundamentais sociais, por exemplo) seria uma “garantia fraca”, já que sem o respaldo legislativo específico para sua efetividade. A integração ao ordenamento jurídico, feito pela analogia, indica a possibilidade de, respeitando a lógica da necessidade de legislação específica para garantia aos direitos fundamentais, apontar solução para o caso do superendividado, sem que se busque sua efetividade em parâmetros fora do ordenamento jurídico (ainda que aplicando princípios), realizando, dessa forma, um dos papéis jurisdição (completar o ordenamento em caso de lacunas). Explicando a necessidade de existência de lei, FERRAJOLI aponta: “Segundo o princípio da completude, com efeito, os direitos fundamentais estabelecidos pelas Constituições exigem quase sempre leis de atuação que estabeleçam suas garantias [...]. Na verdade, existe a obrigação constitucional, que, porém, apenas o legislador pode satisfazer, de introduzir as garantias fortes, isto é, de colmatar suas lacunas: uma obrigação que materializa e satisfaz, como garantia constitucional positiva, a tese teórica no nexo de implicação entre direitos e garantias”. (2015, p. 79)

direito ilegítimo” (FERRAJOLI, 2015, p. 66). A jurisdição atua essencialmente, portanto, para garantir os interesses públicos e direitos fundamentais inscritos no texto constitucional.

Assim, a efetividade dos direitos estabelecidos e, nas palavras do Autor, “da própria democracia constitucional”, depende da estrita observância das garantias constitucionais, tanto as que importam imediatamente em obrigações e proibições (garantias primárias), que têm relação direta com os direitos previstos na Constituição, quanto na reparação das violações das garantias primárias (garantias secundárias), que deve ser promovida pelo sistema de justiça. Ambas (observância das garantias e reparação no caso de violação) garantem efetividade às normas constitucionais e, mais especificamente, aos direitos fundamentais.

No Estado Constitucional de Direito, para FERRAJOLI, há um claro vínculo entre democracia e o constitucionalismo garantista, que tematiza a divergência entre o “ser” e o “dever-ser” e contribui para a construção de uma democracia substantiva (sem esquecer de seus aspectos formais). Há, nesta linha de raciocínio, uma incessante tentativa de reforçar a autonomia do Direito e fixar na produção normativa democrática um parâmetro adequado de fundamentação. Esta “preocupação” decorre da diferença do modelo proposto por FERRAJOLI do que ele denomina de “constitucionalismo principialista”, que vincularia validade das normas a aspectos externos (ou exteriores) ao direito, decorrente da ausência de distinção entre direito e moral, validade e efetividade”⁶. É exatamente esta característica, a oposição ao denominado constitucionalismo principialista, que posiciona a teoria de FERRAJOLI em um campo teórico diferente do denominado

⁶ FERRAJOLI aponta três diferenças importantes entre o constitucionalismo “garantista” (ou constitucionalismo juspositivista) e o constitucionalismo “principialista” (ou neoconstitucionalismo): a) a primeira é caracterizada pela conexão entre direito e moral, existente no neoconstitucionalismo, com a demasiada importância dada a critérios de “justiça” para legitimar decisões judiciais que, algumas vezes, extrapolam o próprio limite do ordenamento jurídico; b) a diferença estabelecida entre regras e princípios, esvaziando o poder normativos dos primeiros, sob o fundamento da necessidade de explicação de seus limites e a possibilidade de terem sua normatividade graduada (mais ou menos intensa) dependendo do caso concreto; e c) os conflitos entre os princípios e a necessidade de ponderação entre eles, o que permite que a eventual colisão de princípios seja “resolvida” com base na decisão judicial, fragilizando a normatividade das constituições. Sobre o assunto: FERRAJOLI, 2011.

neoconstitucionalismo (ou “neoconstitucionalismos”⁷, como preferem alguns).

E tratando particularmente sobre os direitos fundamentais, inicialmente, pode-se indicar o conceito “teórico”⁸ de FERRAJOLI (2011, p. 9), como sendo “fundamentais” os direitos subjetivos, ou todos os direitos subjetivos, que dizem respeito a todos os seres humanos, “dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”. Assim, o Autor identifica a “fundamentalidade” dos direitos a uma expectativa (positiva no caso de uma prestação ou negativa no caso de uma não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica. E também os sujeitos são determinados (por *status*), sendo designados como titulares dessas expectativas por uma norma jurídica positiva, que identifica tais sujeitos como portadores dessa titularidade, podendo haver distinção, por exemplo entre nacionais e estrangeiros, capazes e incapazes etc.

O Autor, mantendo a distinção entre um conceito teórico (de teoria geral do direito, sem vinculação com um determinado ordenamento jurídico nacional, historicamente localizado) e um conceito dogmático (dogmática jurídica, vinculado a um dado ordenamento jurídico existente), torna possível a aproximação entre os denominados “direitos

⁷ Sobre o assunto: CARBONELL (2005), FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE (2012), DUARTE;POZZOLO (2010) e CADEMARTORI; DUARTE (2009).

⁸ O Autor faz a distinção entre um conceito teórico (de teoria geral do direito), sem vinculação a um determinado ordenamento jurídico nacional, historicamente localizado e um conceito dogmático (dogmática jurídica), vinculado a um dado ordenamento jurídico existente. Assim, é possível para o Autor determinar que alguns direitos fundamentais têm essa característica, embora não estejam vinculados a uma determinada ordem jurídica constitucional (conceito teórico). Assim, não identifica os direitos fundamentais como direitos existentes em uma determinada carta constitucional histórica de um determinado país. São fundamentais, portanto, os direitos “universais” (universal no sentido da classe de sujeitos que dele são titulares), embora reconheça que a previsão desses direitos (fundamentais) no texto constitucional, apesar de não alterar seu significado teórico, contribui decisivamente para sua existência. Assim, ainda nas palavras do Autor, são “fundamentais”: [...] os direitos atribuídos por um dado ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir. Mas diremos também, sem que a nossa definição seja de algum modo invalidada, que um dado ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais. A previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição da sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais. (2011, p. 10)

universais” (de todas as pessoas) e os “direitos fundamentais”, diferente de alguns Autores que identificam na indicação do texto constitucional uma das características essenciais de sua “fundamentalidade” (formal).

Por isso mesmo, seguindo no tratamento dado aos direitos fundamentais, FERRAJOLI sugere sua própria tipologia de direitos fundamentais, apontando três tipos de *status* (personalidade, cidadania e capacidade de agir) que foram historicamente utilizados para diferenciar as pessoas, indicando que ainda restam diferenças entre apenas os dois últimos (cidadania e capacidade de agir), pressupondo que o primeiro critério de distinção (cidadania) pode ser superado (considerando uma eventual supranacionalização de ordenamentos jurídicos) enquanto o segundo (capacidade de agir) seria insuperável. Ou seja, ainda é possível distinguir entre os direitos de todos (direitos da personalidade relacionados à capacidade de agir) e os direitos apenas dos cidadãos de determinado país (os direitos de cidadania).

Além disso, o Autor também diferencia os chamados direitos primários (ou substanciais) e os secundários (ou instrumentais ou de autonomia).

E fundado nesta distinção, o Autor articula quatro classes de direitos, relacionados aos *status* das pessoas e à classificação (entre primários e secundários): (a) direitos humanos (direitos primários de todas as pessoas); (b) direitos públicos (direitos primários reconhecidos aos cidadãos); (c) direitos civis (direitos secundários relativos a todas as pessoas com capacidade de agir) e (d) direitos políticos (direitos secundários relativos aos cidadãos com capacidade de agir). E, ao tratar sobre os fundamentos dos direitos fundamentais, o mesmo FERRAJOLI elenca a igualdade, a democracia, a paz e a proteção ao mais frágil como valores axiológicos dos direitos fundamentais em sua teoria. (DIAZ, 2005, p. 136)

Partindo da indicação da classe de direitos (humanos, públicos, civis e políticos) e aproximando o conceito de direitos fundamentais do próprio conceito de democracia (uma relação presente em toda sua obra), FERRAJOLI (2011) desenvolve quatro teses que são essenciais a uma teoria da democracia constitucional e, portanto, relacionada aos direitos fundamentais:

(a) a primeira delas é a de que há uma radical diferença entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, sendo os primeiros de titularidade de todas as pessoas enquanto os segundos de um titular (ou titulares) com exclusão de todos os outros. O Autor ainda vai indicar que esta diferença teria sido ocultada pelo significado do termo “direito subjetivo”, que seria adequado tanto aos direitos inclusivos

(fundamentais) como aos exclusivos (patrimoniais), aos indisponíveis (fundamentais) e aos disponíveis (patrimoniais), aos universais (fundamentais) e aos singulares (patrimoniais). Para o Autor, os direitos fundamentais, enquanto universalmente atribuídos a todos em igual medida, estão na base do significado de igualdade jurídica, enquanto os direitos patrimoniais, atribuídos de forma singular a cada um e de maneira exclusiva, são o fundamento do que designou de “desigualdade jurídica.

(b) a segunda tese é a de que os direitos fundamentais, correspondendo a direitos de todos, formam o fundamento da igualdade jurídica ou o que o Autor denomina de “dimensão substancial da democracia”, diferente de sua dimensão formal (ou política) que pode representar o poder da maioria. Esta tese está vinculada ao próprio paradigma do Estado de direito, que embora relacionando ao paradigma moderno inicial (de proteção apenas aos chamados direitos de liberdade), avançou também na indicação e proteção aos chamados direitos sociais e difusos⁹.

(c) a terceira tese refere-se ao caráter supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, presentes em muitos países que adotam o modelo de democracia constitucional. Apesar de indicar o status de cidadania como um dos que são utilizados para distinguir entre os titulares dos direitos fundamentais, FERRAJOLI reconhece que os direitos fundamentais, em grande parte pela recepção de convenções internacionais, praticamente tornaram-se direitos supraestatais, caracterizando-se como limites externos, e não apenas internos, aos poderes públicos, sugerindo, inclusive, a possibilidade de uma “democracia internacional”, embora reconheça que estaria bem distante de ser atuante (embora com uma estrutura normativa razoavelmente pré-configurada).

(d) e, por último, a quarta tese vincula os direitos fundamentais às suas garantias. Esta vinculação é reconhecida pelo próprio FERRAJOLI como a mais importante em sua teoria sobre os direitos fundamentais. Aqui pode-se fazer uma distinção entre os direitos fundamentais (que seriam as expectativas negativas ou positivas, “às quais correspondem deveres (de prestações) ou proibições (de lesões)” e que são chamadas de

⁹ Apesar de indicar o Estado social como um paradigma contemporâneo de Estado de direito, FERRAJOLI vai criticar a “fragilidade” das garantias aos direitos fundamentais sociais, informando que esta mudança de paradigma (de um Estado liberal a um Estado social) deu-se “sem as formas e garantias do estado de direito, mas somente naquela de mediação política e hoje, também por isto, em crise” (2011, p. 15)

“garantias primárias” e os “deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos, ou seja, as violações das suas garantias primárias, que o Autor vai denominadas de “garantias secundárias”.

Em outras palavras, FERRAJOLI faz a distinção entre o enunciado dos direitos (direitos subjetivos) e a garantia, pelo menos normativa, de sua efetividade. Os enunciados dos direitos fundamentais seriam as garantias primárias, mas é necessário que exista previsão de reparação em caso de violação, o que consistiria nas garantias secundárias. Enunciar o direito e garanti-los normativamente, a conjunção entre as garantias primárias e secundárias é o modelo proposto pelo Autor para a efetiva proteção (para não usar novamente o termo garantia) aos direitos fundamentais.

Para FERRAJOLI, fazer a distinção entre os direitos (garantias primárias) e suas garantias (garantias secundárias) não implica em negar a existência dos primeiros em caso de ausências dos segundos. Ao contrário, para o Autor, a inexistência das garantias (secundárias) “equivale a uma inadimplência do direito positivamente estipulado e consiste, por isso, em uma indevida lacuna, que é dever da legislação suprir” (2011, p. 16). E no mesmo sentido, cabe ao Estado-Juiz apontar uma solução, prevista na legislação, para o caso em que haja flagrante ofensa a direito fundamental.

Assim, em última análise, o modelo constitucional proposto por FERRAJOLI caracteriza-se como um sistema de garantias (primárias e secundárias), distinguindo os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais e reconhecendo que os fundamentais são direitos de todas as pessoas. Da análise da teoria dos direitos fundamentais do Autor, e da observância do seu sistema de garantias (primárias e secundárias) depende a efetividade dos direitos: políticos, civis, sociais e de liberdade, aqueles reunidos pelo Autor sob a epígrafe de “esfera do não decidível”.

E tratando sobre quais seriam os direitos fundamentais, baseando sua indicação nas quatro teses já indicadas, FERRAJOLI (2011, p. 104) vai apresentar, justificando inclusive que estariam confirmados pela experiência histórica do constitucionalismo (estatal ou internacional), quatro critérios para identificar um direito fundamental: a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz. Em todos os critérios apresentados pelo Autor, é possível identificar claramente a caracterização da proteção ao superendividado como verdadeiro direito fundamental.

A dignidade da pessoa representada no respeito à pessoa consumidora como sujeito, e não uma referência de mercado (que tem preço), a igualdade no sentido de proteção das diferenças e redução das

desigualdades, a proteção ao mais fraco, por conta do próprio reconhecimento legislativo da situação do consumidor (mais ainda quando essa desigualdade fática – ou vulnerabilidade – é agravada por condições socioeconômicas dos envolvidos e, por último, no que o Autor designou de paz, como sendo a garantia de todos aqueles direitos vitais para os quais a garantia é condição necessária da paz, entre eles o direito à vida, à integridade pessoal, direitos civis e políticos, direitos de liberdade, mas também e neste trabalho especialmente, os direitos sociais à sobrevivência (FERRAJOLI, 2011, p. 103-108).

E a questão dos direitos fundamentais (e suas garantias), destacando a situação do consumidor superendividado, passa pela análise do princípio da dignidade da pessoa humana e suas manifestações, entre elas o direito ao mínimo existencial (que também pode ser desenvolvido com a nomenclatura de patrimônio jurídico mínimo), que é a forma de garantir (enunciar e garantir) o direito à sobrevivência (digna) das pessoas (de todas as pessoas).

2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A expressão “dignidade humana” foi inicialmente utilizada em escritos religiosos e filosóficos e passa ter espaço no direito, em sentido próximo ao atual, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, no “Preâmbulo” da Carta das Nações Unidas, assinada na cidade americana de São Francisco, em 26 de junho de 1945, após o final da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional¹⁰. E o período em que passou a ter significado jurídico relevante é representativo do papel que a integridade da pessoa humana passou a ter nos ordenamentos nacionais, extremamente afetada que foi pelos horrores experimentados na Segunda Grande Guerra (1939-1945).

AZEVEDO (2002) atesta que, com pequenas diferenças na redação, vários instrumentos jurídicos passam a utilizar a “dignidade

¹⁰ Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, **na dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla [...] (grifou-se). Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 10 de julho de 2016.

humana”, a partir de então: Declaração Universal dos Direitos do Homem-ONU (1948), Constituição Italiana (1947), Lei Fundamental da Alemanha (1949), Constituição Portuguesa (1976) e também a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em que foi introduzida com o status de princípio, verdadeiro princípio fundamental, já que inscrita em seu artigo 1º, com um dos fundamentos da República¹¹.

E se houve uma certa semelhança no uso da expressão “dignidade humana”, seus conteúdo, contornos e limites ainda estão em construção, com a natural influência sofrida pelo direito positivado com o desenvolvimento social e histórico, mais especialmente ainda em relação aos princípios, que podem ser entendidos, utilizando um conceito de ALEXY (2008), sob influência da distinção de regras e princípios¹² inicialmente formulada por DWORKIN¹³, como mandados de otimização, normas jurídicas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (p. 90). Assim, por sua própria definição, os princípios trazem consigo um maior grau de generalidade e também de conteúdo axiológico.

A própria definição de princípio, enquanto norma jurídica, também ocupa parte importante da dogmática constitucional ou mesmo da teoria geral do direito. ÁVILA (2005) vai estabelecer inúmeros parâmetros para fazer a distinção entre as duas espécies mais frequentes de normas (princípios e regras) e, reconhecendo o aspecto valorativo dos princípios,

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹² A distinção entre princípios e regras, exposta por Dworkin, pode ser resumida da seguinte forma: ambos são normas, mas as regras podem ser aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), em caso de conflito entre regras, a questão é decidida no campo da validade. Ou é válida e deve ser cumprida ou não é válida. Já os princípios admitem um critério diferente em caso de colisão. Aqui não há que se falar em invalidade do princípio, mas de peso (*dimension of weight*) ou maior importância de um sobre o outro. (ÁVILA, 2005)

¹³ Sobre a influência da teoria de DWORKIN para a construção da distinção entre regras e princípios de ALEXY ver, entre outros, ÁVILA (2005).

também indica seu caráter teleológico (finalístico), como normas que “impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio de prescrição indireta de comportamentos” (p. 89), reconhecendo a pretensão de complementaridade e de parcialidade para sua aplicação, sempre demandando uma avaliação da correlação entre “o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (p. 129). Logo, tão importante quanto o conceito de princípio é a sua forma de aplicação.

Para FERRAJOLI (2015), embora reconhecendo os inúmeros critérios diferenciadores entre princípios e regras¹⁴, articulados por inúmeros Autores (Dworkin, Alexy, Atienza, Manero e Zagrebelsky), acaba por minimizar as distinções (de princípios e regras) em relação aos direitos fundamentais, dividindo os princípios em princípios diretos (normas que formulem valores ou objetivos políticos e que não consistem em “comportamentos determinados qualificáveis como sua observância ou inobservância, mas em políticas públicas”) e os princípios regulativos, “formulados em termos de expectativas, ao invés de obrigações ou proibições” e que reuniriam os direitos fundamentais.

E, na tentativa de dar maior força normativa aos direitos fundamentais, acabariam por reunir as características de princípios e regras nos chamados princípios regulativos (direitos fundamentais), por serem (os princípios regulativos) aplicáveis e concretizáveis (assim como as regras). Por isso, em suas palavras, “princípios e regras, no caso dos princípios regulativos, não são normas distintas, ou pior, contrapostas, mas são uns a face oposta das outras” (p. 125).

Assim, tentar definir o princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto do direito brasileiro, não é das tarefas mais óbvias, com a dificuldade de consenso crescendo ainda mais quando se trata dos limites de sua aplicação. AZEVEDO (2002), ao discutir a própria natureza da pessoa humana (como um ser dotado de razão e vontade – um visão para

¹⁴ FERRAJOLI propõe uma classificação normativa em três espécies; regras, princípios regulativos e princípios diretos. No caso das regras, não há maiores distinções com o conceito usualmente empregado pelos Autores que fazem a distinção entre princípios e regras (especialmente ALEXY). A grande diferença da teoria garantista seria em relação aos denominados princípios regulativos (que podem ser denominados também de princípios em sentido estrito). Neste caso, os princípios regulativos (direitos fundamentais) não poderiam ser objeto frequente de ponderação e, em última análise, não aplicação. Ao contrário, e por isso a aproximação com o conceito usual de regra, os princípios regulativos devem ser, obrigatoriamente, aplicados, como normas vinculantes que são (regras técnico-deonticas – de caráter mais abstrato e geral – com caráter vinculante).

o Autor ultrapassada –, ou como um ser que se distingue dos demais pela capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar e de amar), define a dignidade da pessoa humana como um princípio que dá origem, em sequência hierárquica, a três preceitos: (a) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; (b) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e (c) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

O Autor, portanto, não apenas utiliza o conceito numa perspectiva estritamente individual, mas projeta o seu alcance para que a integridade das pessoas seja observada também em relação com outras, a única maneira, ao que parecem adequada de analisar institutos jurídicos. Da mesma maneira, portanto, AZEVEDO deixa claro o conteúdo valorativo do princípio, ao tratar, por exemplo, de temas como convivência social igualitária e o alcance de pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida como corolários do princípio.

Priorizando a análise do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio de *status* constitucional, e sintetizando as ideias (ou conceitos) de DWORKIN e ALEXY, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal BARROSO (2012) entende que a dignidade humana não se trata de direito autônomo, mas princípio constitucional, com um valor fundamental a ser considerado no ordenamento jurídico brasileiro.

E reforçando o caráter axiológico dos princípios em geral, e do princípio da dignidade da pessoa humana em especial, afirma que a dignidade humana funciona tanto como uma espécie de “justificação moral” quanto como um “fundamento jurídico-normativo”.

Apesar do inegável caráter geral e abstrato dos princípios, e partindo da premissa que os princípios regulativos (direitos fundamentais) devem ser imediatamente aplicados, deve-se investigar os limites de sua aplicação e não sua necessidade de aplicação, questão já superada com a adoção do conceito de princípio regulativo de FERRAJOLI.

MIRANDA, ao tratar do conteúdo (e também pode-se dizer dos seus limites) da dignidade da pessoa humana na Constituição Portuguesa, indica uma série de características do conceito, que podem (devem) orientar sua aplicação e que são aplicáveis, da mesma forma, no caso brasileiro. A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta, a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher, cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas, cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si, o primado da pessoa é o do ser, não o do ter (a liberdade, dessa

forma, prevalece sobre a propriedade), só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida, a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania (no caso específico tratando sobre a cidadania portuguesa) e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos e, por último, a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. (2003, p. 81)

Logo, para o Autor, é necessário considerar a dignidade de pessoas reais, concretas e não apenas como um conceito jurídico. Privilegia aspectos extrapatrimoniais, mas não esquece que deve haver qualidade de vida e não descuida daqueles que não são cidadãos de um determinado Estado nacional (o que hoje é uma questão importante em virtude dos intensos movimentos migratórios experimentados por muitos países, inclusive o Brasil com o caso recente dos haitianos). Há necessidade de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que sua aplicação possa gerar dúvidas sobre seu alcance, especialmente em relação a questões reconhecidamente básicas (essenciais) de todas e todos e cuja previsão constitucional dos princípios é suficiente para que sirvam de proteção, principalmente aos que mais gravemente precisam.

Aliás, sobre o reconhecimento do outro como uma característica da dignidade da pessoa humana, DWORKIN (2014) alerta que essa é uma de suas principais características. Embora discorrendo sobre sua teoria, que aproxima os princípios a conceitos morais, o Autor revela a preocupação sobre o caráter mesmo da dignidade da pessoa humana, ao reconhecer uma espécie de “dignidade invisível” do ser humano, aproximando o conteúdo do princípio jurídico a um modelo ético, quando afirma que a “dignidade importa em respeito à importância da vida de outras pessoas e pela responsabilidade ética pelas mesmas, assim como pela sua própria vida”. Revela assim, no conteúdo do princípio, traços heterônomos (e não apenas os relacionados à autonomia da pessoa), em que o reconhecimento da existência do outro é um de seus principais aspectos.

E na mesma linha, além de indicar o reconhecimento do outro como uma característica fundamental do conteúdo da dignidade da pessoa humana, BITTAR também indica a existência de outras dimensões e que todas, em conjunto, são importantes para o reconhecimento da dignidade, também aproximando o conceito a uma percepção ética da pessoa humana, pelo entendimento da própria “condição humana”, em sua complexidade e diversidade de dimensões e reconhece que a ideia de entendimento é ideal, mas não seria utópico porque se encontra “da

dependência dos próprios seres humanos”, devendo ser um valor a ser perseguido (2010, p. 264)

A definição e limitação do princípio de dignidade da pessoa humana é reconhecido como uma questão fundamental para a aplicação do princípio. Assim, SARLET (2007a) reconhece que, dentro da tradição filosófica ocidental, muito se tratou sobre o conceito, ainda existindo fecundo debate sobre as características e, principalmente, limites do conteúdo jurídico do princípio. Apesar disso, não destoam¹⁵ significativamente do entendimento de MIRANDA, DWORKIN ou BITTAR, ao indicar as características da dignidade (ou seu conteúdo jurídico), sendo razoável supor que há, ainda que não reconhecido formalmente, um núcleo consensual sobre as características do instituto. E deve versar sobre um núcleo consensual (ou praticamente consensual) o esforço de aplicação imediata do princípio. A análise de publicação oficial¹⁶ do próprio Supremo Tribunal Federal-STF, com algumas decisões importantes e escolhidas pelo próprio tribunal (simbólicas, portanto), indica um conceito perceptível, embora sua aplicação esteja, quase sempre, ponderada com outros princípios constitucionais.

¹⁵ A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental, verifica-se que uma conceituação mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica. [...] Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos - por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! - como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa. (SARLET, 2007a, p. 48)

¹⁶ A Constituição e o Supremo (atualizada até a EC 90/2015). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>.

E além de um certo “consenso” (ou ao menos uma aproximação sobre o seu conceito), há também uma indicação de que, pela grande complexidade da própria natureza humana (e, portanto, da dificuldade de delimitação de sua dignidade), o princípio da dignidade é composto de várias dimensões. SARLET (2007b) vai indicar as várias dimensões do conceito de dignidade, estabelecendo que o princípio tem uma dimensão ontológica (própria de todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos), uma dimensão comunicativa e relacional (como a necessidade de reconhecimento do outro), uma dimensão histórico-cultural (em que o princípio que está em constante processo de construção e desenvolvimento e com uma “dupla dimensão negativa e prestacional”, em que se manifesta como expressão da autonomia da pessoa, pela não interferência do Estado e, ao mesmo tempo, exige uma perspectiva assistencial, protetiva, prestacional desse mesmo Estado para garantia de seu conteúdo¹⁷.

O Autor, apesar de entender o processo de construção (ou mesmo consolidação) histórica do conceito, faz uma clara vinculação da dignidade humana a ocorrência de fatos recentes e, neste sentido, afirma que sua inserção nas Constituições se deu em período posterior ao experimentado pelos direitos fundamentais e que a vinculação da dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, aos direitos humanos e à própria democracia constitui “um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos” e, mais ainda, é inquestionável o “compromisso do

¹⁷ A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem, conforme já averbado, que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e /ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas. (SARLET, 2007)

Estado Constitucional contemporâneo, compreendido como um Estado Democrático de Direito, com o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana”. (SARLET, 2007a)

Assim, embora seja reconhecidamente difícil elencar de forma precisa o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, uma indicação é importante para sua própria concretização e para, partindo desse conteúdo, retirar elementos suficientes para indicar o mínimo existencial e a proteção aos consumidores como um de seus corolários.

Imaginando exatamente em tornar o conceito mais concreto, MORAES (2003) vai, de maneira geral, indicar que do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana devem ser retirados ao menos quatro princípios jurídicos fundamentais: igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), integridade fisiopsíquica (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade), liberdade (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal) e solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).

Diz a Autora que, mesmo considerando a dificuldade de definição do princípio da dignidade da pessoa humana e, também por conta disso, de delimitação de seu conteúdo, a dignidade humana deve ser entendida como único princípio capaz de dar “harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo”. Em outras palavras, e fazendo uma referência à resolução dos chamados casos difíceis, afirma que a dignidade humana não pode ser relativizada e que, mesmo partindo do pressuposto (em relação aos casos difíceis) que uma certa relativização é necessária, o único princípio que seria absoluto (não poderia ser relativizado) é o da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2003, p. 147).

SARLET (2007a) também indica o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor essencial do ordenamento jurídico brasileiro, para muitos, o “principal” dos fundamentos da República, embora reconheça a falta de unanimidade em torno de seu conteúdo, limites e forma de aplicação. Não resta dúvida, portanto, sobre a centralidade da dignidade da pessoa humana no contexto do Estado Constitucional, situando-se verdadeiramente como um “valor-fonte”, fundamento e mesmo fim do Estado de Direito.

Não há, portanto, muita controvérsia na importância do princípio da dignidade humana como uma referência obrigatória nas decisões de casos jurídicos que, de uma forma ou de outra, apontem para a

possibilidade de ofensa a princípio abrangido pela dignidade humana (liberdade, igualdade, integridade fisiopsíquica e solidariedade, nas palavras de MORAES). Há necessidade, entretanto, de buscar uma referência mais específica (concreta?) para o debate que se pretende desenvolver neste trabalho. O consumidor superendividado é aquele não mais tem condições de pagar suas dívidas atuais e futuras por conta de obrigações (dívidas) assumidas, em especial junto às instituições de crédito, como será adiante desenvolvido.

Este fato, acrescido às condições socioeconômicas de alguns grupos de pessoas, resultam no comprometimento significativos de seus rendimentos exclusivamente para o pagamento de dívidas oriundas de operações de crédito. E, com isso, os superendividados deixam de preservar um valor mínimo para suas necessidades fundamentais e, relacionando o princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso destacar a existência de uma garantia a um mínimo existencial, que possibilite a concretização do princípio, pelo menos nem relação à s necessidades básicas da pessoa humana. E é sobre a existência de uma garantia a um mínimo existencial, para que possa ser utilizado no tratamento dado ao consumidor superendividado que se desenvolverá neste trabalho.

2.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Além do importante debate sobre o conceito, natureza e limites de aplicação do princípio da dignidade humana, é necessário, como já dito, desenvolver os aspectos que possam resultar em uma proteção mínima das pessoas em sua possibilidade de garantir meios de preservar o mínimo essencial para a sua vida digna. É, portanto, uma espécie de dimensão material que se retira do princípio da dignidade da pessoa humana. E se tratando de uma relação de consumo, realizada entre entes (regra geral) particulares (pessoas físicas e pessoas jurídicas), é necessário relacionar o direito privado com a própria dignidade da pessoa humana, as operações de crédito com os direitos fundamentais, tudo por intermédio do conceito de “mínimo existencial”.

Na verdade, a aproximação entre o direito privado, fundado na autonomia da vontade (autonomia privada) e o direito constitucional (e por que não os princípios e direitos fundamentais e mesmo os direitos

humanos?) já é bastante conhecida¹⁸. A expansão do alcance das normas constitucionais (principalmente a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988) e mesmo dos Tratados Internacionais, não deixa dúvidas sobre as relações, cada vez mais próximas, entre os direitos fundamentais e os direitos derivados da autonomia da vontade (privados). Mais ainda quando o texto constitucional incorporou vários institutos que deixaram de ser exclusividade do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e passaram a ter regulação direta na Constituição Federal de 1988 ou que ampliaram sua participação como matéria constitucional¹⁹.

Assim, parece que a extensão dos direitos fundamentais à dita ordem civil já foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro. A questão agora é, sem descuidar da liberdade pessoal e sem ignorar a autonomia negocial de todos os capazes, avançar na efetividade dos direitos fundamentais e, neste caso mais especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana em relações estabelecidas entre entes particulares. É, portanto, necessária uma intervenção (ou aplicação das normas jurídicas vigentes numa perspectiva usualmente tratada como de aplicação e responsabilidade da esfera pública) sem que se abdique da liberdade das pessoas envolvidas. Em rápidas palavras, proteção à autonomia individual (que em momento oportuno será tratada neste trabalho) e garantia aos direitos fundamentais.

Embora os direitos estejam (ainda que indiretamente) tratados no texto constitucional, a separação entre as abordagens sobre o direito público e o direito privado, na verdade a manutenção desta dicotomia que pouca explica, sempre foi um modelo adotado no início da modernidade (o que BAUMAN denominará de modernidade sólida) e tinha como principal fundamento a proteção à liberdade das pessoas em função de um eventual arbítrio estatal, especialmente naquilo que dizia respeito à pessoa.

No mesmo sentido são as palavras de CANARIS ao discorrer sobre as relações entre as normas de direito privado e as normas constitucionais (de direito público), na crítica usualmente imposta a esta relação: a de que a intervenção do Estado (direitos fundamentais) na autonomia privada representaria, de qualquer modo, uma intervenção na própria liberdade

¹⁸ Sobre o assunto, entre outros, KENNEDY (1982); TEPEDINO (1999); MORAES (1999); LÔBO (1999).

¹⁹ Assuntos como família, criança e adolescente e mesmo as relações de consumo, os dois últimos ainda sem legislação específica na época da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, são bons exemplos de necessária interseção entre o texto constitucional e os Códigos (ou Estatutos).

humana. Assevera o Autor que, em muitos casos, muitas das legislações que tratam sobre o direito privado têm clara natureza ofensiva, impondo perdas inadequadas e sérias a uma das partes e que, no mundo contemporâneo, essas perdas podem ser experimentadas massivamente.

Então, há necessidade de controlar tais relações, sob a ótica da proibição do excesso e de efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, aponta o Autor, sempre é necessário lembrar que na relação jurídica (mesmo e principalmente a relação entre particulares – pessoas físicas ou jurídicas) ambos são titulares de direitos fundamentais e, além disso, reforçando a ideia de que a separação entre normas de direito público e privado aparenta não ser muito precisa, várias leis que tratam de matéria tradicionalmente denominada de direito público (como por exemplo as do direito penal, do direito do urbanismo e do ambiente) têm como objetivo muitas vezes, em igual medida, ou, mesmo, primariamente, a proteção individual de outras pessoas, e não apenas a promoção de interesses públicos. “O ‘pensamento da intervenção’ – apesar de entretanto generalizadamente criticado – pode, pois, em princípio, defender a sua legítima posição também para as normas de direito privado”. (CANARIS, 2003, p. 34). Assim, CANARIS admite que, em alguns casos, a “intervenção” acaba resultando em uma forma de proteção aos próprios direitos individuais (de liberdade).

A dita constitucionalização do direito privado já assumiu, no Brasil, lugar de destaque na doutrina e nas decisões dos Tribunais. Na verdade, o termo “constitucionalização do direito privado” não está traduzindo o movimento que surge com o surgimento das constituições dirigentes, já que o mais correto seria simplesmente o uso da expressão “constitucionalização do direito”, e não apenas do direito privado. SARLET (2007c) reforça a constitucionalização do direito privado, apontando que sua manifestação é visível em dois momentos: o primeiro é a presença da Constituição no direito privado, já que as normas constitucionais seriam aplicadas ao direito privado via concretização legislativa e/ou judicial e segundo com a presença de institutos de direito privado na Constituição, que o Autor entende tratar-se de direito constitucional e não direito civil ou mesmo direito civil-constitucional.

Para SARLET (2007c), o fenômeno da globalização e o impacto negativo da contínua diminuição do poder de intervenção do Estado nas relações comerciais, sendo excluído de suas funções regulatórias e fiscalizatórias, impede que o Estado continue com o seu papel de proteção e promoção aos direitos fundamentais com lastro apenas nas normas que tratam das relações jurídicas entre o Estado e os particulares (normas de direito público). Assim, a manutenção do papel da Constituição e dos

direitos fundamentais passa também pela superação dessa dicotomia (público-privado), com o avanço (positivo) dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas privadas.

A relação entre os direitos fundamentais (e mesmo os direitos humanos) com os direitos dito privados (decorrentes do exercício da autonomia da vontade) encontra especial significado no denominado núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana. Já foi dito que um dos princípios que emergem da dignidade humana é a integridade fisiopsíquica das pessoas. Esta integridade depende da satisfação das necessidades básicas da pessoa: alimentação, saúde, vestuário, educação, moradia, lazer etc. E a satisfação dessas necessidades, não apenas em seu grau mínimo (necessidades vitais), mas que proporcionem, ao titular do direito, uma vida digna, pode ser chamado de “mínimo existencial”.

Para SARLET (2007c), o mínimo existencial está claramente vinculado aos direitos fundamentais sociais, embora muitos aspectos controversos ainda persistam sobre seus contornos e aplicação.

Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. (SARLET, 2007c, p. 299)

Exatamente por isso o Autor identifica na gênese do mínimo existencial sua ligação com os direitos fundamentais sociais (prestacionais), já que não se pode justificar sua efetividade apenas como uma proibição de interferência (típico da teoria dos direitos de liberdade, ainda que também não esteja isenta de críticas²⁰). Por esta razão, a

²⁰ A versão de que os denominados direitos de liberdade partem do pressuposto de uma omissão do Estado (a necessidade de não intervenção) para serem garantidos, encontra óbice na atuação do Estado para a garantia de direitos ditos de liberdade, como segurança e propriedade, muito especialmente aos valores empregados pelos Estados para a concretização dessas garantias. Em tese, e de acordo com a doutrina usualmente adotada para tratar do assunto, os direitos sociais necessitam de intervenção estatal para sua efetividade e os primeiros (direitos e garantias individuais). Sobre o tema e problematizando a versão de que

garantia a recursos materiais para uma existência digna pressupõe também uma postura ativa do Estado (direitos prestacionais)²¹.

E assegurar o mínimo existencial para todas as pessoas passa, obrigatoriamente, pela análise do consumo (ou mesmo do consumismo, como adiante será feito). Isso porque o acesso aos bens e serviços necessários para alcançar as condições materiais para uma vida digna passam pelo estabelecimento de relações de consumo. Seja na compra (aquisição) direta de bens, seja pelo acesso ao crédito (dinheiro) para sua satisfação (sem desconsiderar as ações assistenciais por parte do Estado²² e que não são abordadas neste trabalho).

No mesmo sentido, DUQUE (2013) assinala que todas as pessoas (independentemente de qualquer característica apontada: origem, sexo, cor, idade ou condição econômica) são consumidores ativos ou em potencial. E falar de consumo é falar, também, de subsistência. “A garantia de um mínimo existencial passa, portanto, por relações de consumo, de modo que sem consumo mínimo, não há que falar em dignidade”. E, ao identificar a garantia ao mínimo existencial com as relações de consumo, o Autor identifica na proteção ao consumidor um

os direitos individuais (de liberdade, negativos) dependem da omissão do Estado, especialmente com a análise do orçamento público e seu direcionamento na garantia de direitos, ver HOLMES; SUSTEIN, 1999.

²¹ Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando - em nível infraconstitucional - um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4.º, I, da Lei Federal sobre Assistência Social [Bundessozialhilfegesetz]). (SARLET, 2007c, p. 299)

²² Inúmeros programas assistenciais, de maior ou menor impacto, foram criados pelos governos (federal, estaduais e municipais) para minorar a situação de desamparo daqueles que estão alijados do mercado de trabalho ou de benefícios previdenciários e, com isso, não conseguem sequer estabelecer relações de consumo que possam garantir o mínimo existencial. O Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social (BPC-LOAS), o Programa Bolsa Família, Mais Médicos, Minha Casa Minha Vida, PROUNI, entre outros, impactam na renda das famílias mais pobres e visam possibilitar o acesso de egressos dessas famílias a bens e serviços que não poderia ser adquiridos pela renda advinda do trabalho.

verdadeiro direito fundamental “[...] deixando-se reconduzir, em diferentes graus, às garantias da dignidade humana, de livre desenvolvimento da personalidade e em outros direitos fundamentais pontuais”. (2013, p 407)

Apesar de reconhecido²³, o conceito de “mínimo existencial” continua gerando muitas dúvidas sobre a efetividade de sua aplicação. Afinal, em um país que ainda convive com miseráveis (mesmo que em número significativamente menor do que em outros tempos), tratar sobre a efetividade de um comando normativo (princípio regulativo, no dizer de FERRAJOLI) que exige a satisfação de necessidades materiais básicas de todos os brasileiro pode parecer, como realmente parece, uma grande utopia (ainda que realizável).

Entretanto, o reconhecimento jurídico de sua existência e seus aspecto e contornos pode servir para um amadurecimento do regime democrático no país, contribuindo, de uma forma ou de outra, para diminuir a quantidade considerável de pessoas que ainda sofrem com a falta de condições materiais para a satisfação de suas necessidades básicas. Importante, portanto, reconhecer o mandamento constitucional, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

SARLET (2007c) ressalva que não houve uma previsão constitucional expressa no Brasil em relação a um “direito geral à garantia do mínimo existencial” e que os vários direitos sociais previstos expressamente no texto constitucional de 1988 acabaram por abarcar algumas dimensões do mínimo existencial, como o direito à moradia, o

²³ A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). [ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.]

direito ao salário mínimo, assistência social etc. Apesar disso, continua o Autor, a simples previsão dos direitos sociais “não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”.

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado – por muitos – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (SARLET, 2007c, p. 90)

O conceito de mínimo existencial está naturalmente, embora não exclusivamente, relacionado às camadas mais pobres da população brasileira. Aos consumidores que apesentam, portanto, um grau de vulnerabilidade agravada pelas condições socioeconômicas ou mesmo pelo analfabetismo (que ainda existe no Brasil). E uma das políticas públicas que foram efetivadas nas últimas décadas (em especial a partir de 2003) e que também foi responsável pelo intenso crescimento econômico brasileiro (experimentado até 2013) foi o aumento da oferta de crédito aos consumidores de baixa renda.

A oferta ao crédito é uma das ferramentas que podem (e devem) ser usadas para garantir o acesso de consumidores a bens e serviços que desejem (de primeira necessidade ou mesmo de novas necessidades). Entretanto, junto com o crescimento da oferta de crédito surge também, por vários motivos, o consumidor que compromete demasiadamente sua renda com o pagamento de empréstimos (consignados ou não). Em alguns casos, o comprometimento da renda familiar chega quase ao total recebido, impactando diretamente na satisfação de necessidades básicas. Manter a oferta de crédito sem que isso resulte em ofensa a direitos fundamentais do consumidor é uma questão que ainda não tem tratamento legal específico. Este trabalho pretende, ao analisar o direito à garantia do mínimo existencial do consumidor superendividado, contribuir para encontrar uma solução juridicamente adequada.

3 A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES E A AUTONOMIA DA VONTADE

A discussão sobre os limites e mesmo o fim da denominada “Era Moderna” é uma constante nas obras que abordam as características dos tempos atuais ou da “contemporaneidade”, termo aqui utilizado para tentar adiar, pelo menos por ora, o debate sobre a superação (ou não) da civilização moderna (ou do que usualmente denominou-se de Modernidade). Independente do termo utilizado, a ideia de transição é uma constante.²⁴ E o debate é relevante na medida em que os fundamentos de uma determinada “Era” devem ser investigados para que possibilitem um avanço na análise dos fundamentos dos próprios institutos investigados, localizados em um determinado período histórico, de transição e poucas “certezas”.

Logo, os modelos (ou paradigmas, na esteira de Thomas Kuhn entendidos como modelos científicos aceitos e partilhados pela comunidade científica em um determinado período histórico) devem ser apresentados para que a análise possa ser, desde o início, esclarecida.

Por isso, é de fundamental importância indicar o conceito de modernidade que este trabalho adota para localizar o fenômeno do consumo e suas implicações no ordenamento jurídico nacional, em especial suas relações com um conceito central nas relações contratuais (incluídas as de consumo) que é a autonomia da vontade.

Assim, é importante caracterizar os dilemas e características da sociedade “atual” e, para isso, o conceito de “sociedade de consumidores”, desenvolvido pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, é fundamental.

3.1 A MODERNIDADE LÍQUIDA E A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES

A ideia da denominada modernidade, no entender de TOURAINE (1994), está fortemente vinculada a uma ideia de racionalidade, do progresso da razão, aqui entendida como a capacidade de associar as

²⁴ “Uma estonteante variedade de termos tem sido sugerida para esta transição, alguns dos quais se referem positivamente à emergência de um novo tipo de sistema social (tal como a ‘sociedade de informação’ ou a ‘sociedade de consumo’), mas cuja maioria sugere que, mais que um estado de coisas precedente, está chegando a um encerramento (‘pós-modernidade’, ‘pós-modernismo’, e assim por diante). (GIDDENS, 1991, p. 11)

relações de causa e efeito, de ações destinadas a um determinado fim²⁵. As crenças antigas, tradicionais, tão comuns ao período anterior, perderam seu *status* de desejável, perderam mesmo seu *status* de aceitável. A fundamentação na vontade divina, que por tanto tempo dominou a civilização europeia (além de outras), não era mais aceitável.

O desenvolvimento da racionalidade era o próprio desenvolvimento da tecnologia, da ciência, do conhecimento, que superariam as crenças religiosas, abrindo espaço para a segurança e previsibilidade que o mundo (e o desenvolvimento de um novo sistema econômico) precisavam. Aliás, o próprio agente da transformação não era uma pessoa, classe social ou mesmo um déspota esclarecido, mas a própria razão. E o alcance desta racionalidade também não ficava adstrito aos nobres e clero, ao contrário, todas as pessoas eram atingidas e sujeitos deste processo. A pessoa (homem) era (finalmente) dotado de razão e vontade.

Embora reconheça que este modelo de racionalização não foi realmente o seguido pelos países europeus, TOURAINE entende que o modelo de modernização baseado em uma ideia de racionalização construiu uma ideologia vitoriosa, com significativos efeitos teóricos e práticos. Esta ideologia substituiu o papel central de “Deus” do modelo anterior. O teocentrismo cede espaço ao antropocentrismo. Não era mais possível vincular a pessoa (ou sociedade) aos mandamentos (ordens) de um ser supremo. A única vinculação possível era às leis naturais, à ciência.

Não é por acaso que no século XVIII desenvolve-se o conceito de “iluminismo”, em clara oposição ao mundo (Idade) das trevas experimentado em séculos anteriores. O iluminismo²⁶ busca exatamente o significado (e a vitória) da luta da razão contra a autoridade experimentada no regime anterior.

Assim, o iluminismo pode ser entendido como uma espécie de filosofia crítica da tradição cultural conhecido do antigo regime. Seu objetivo, ao realizar a crítica, é também contribuir para uma propagação do uso da razão para direcionar o progresso da vida humana em todos os sentidos possíveis. Este pensamento foi difundido significativamente no

²⁵ Sobre os conceitos possíveis de racionalidade, entre outros: WEBER (Economia e Sociedade), HABERMAS (teoria da Ação Comunicativa)

²⁶ O iluminismo é a filosofia (pensamento) que orientou os vitoriosos das revoluções burguesas (especialmente do século XVIII). Embora com inúmeras vertentes, tinha como fundamentos básicos a confiança na razão humana como requisito de progresso e no apego à liberdade.

século XVIII, em vários países do continente europeu. Segundo BINETTI (1997, p. 611), uma das principais contribuições foi exatamente na economia, em que prevalecia entre os iluministas a ideia de uma “ordem natural”, conhecida por leis eternas e que seria racional reconhecer e seguir porque elas produziriam a máxima prosperidade e harmonia.

Enfatizando a transição para a modernidade como um evento singular, bem mais amplo e complexo do que as outras transições experimentadas pela humanidade em sua história (e pré-história), GIDDENS (1991) afirma que as mudanças ocorridas nos últimos três ou quatro séculos foram tão dramáticas e abrangentes em seu impacto que contamos com ajuda limitada do ocorrido em tempos anteriores para análise mais adequada. E percorrendo o pensamento de Marx, Durkheim e Weber, associa a modernidade aos fenômenos de surgimento do capitalismo e da industrialização, conceitos-chave para a explicação do aumento vertiginoso da velocidade das mudanças sociais experimentadas em período recente.

Para Marx, o capitalismo era a principal força transformadora da modernidade. O declínio do feudalismo transforma não apenas bens, mas também a força de trabalho humana em mercadoria.

O caráter móvel, inquieto da modernidade é explicado como um resultado do ciclo investimento-lucro-investimento que, combinado com a tendência geral da taxa de lucro a declinar, ocasiona uma disposição constante para o sistema se expandir. (GIDDENS, 1991, p. 21)

Já para Durkheim, a industrialização (industrialismo) era o conceito principal da modernidade. A divisão de trabalho, criada pelo processo industrial de produção, era a responsável pelas mudanças constantes:

O caráter de rápida transformação da vida social moderna não deriva essencialmente do capitalismo, mas do impulso energizante de uma complexa divisão de trabalho, aproveitando a produção para as necessidades humanas através da exploração industrial da natureza. Vivemos em uma ordem que não é capitalista, mas industrial. (GIDDENS, 1991, p. 22)

E embora também utilizasse o termo ‘capitalismo’, Weber iria tornar o fenômeno da racionalização como central no estudo da modernidade. Ponto de partida para a análise de ou todos os institutos da vida moderna.

O ‘capitalismo racional’ como Weber o caracteriza, compreende os mecanismos econômicos especificados por Marx, incluindo a transformação do salário em mercadoria. Ainda assim, ‘capitalismo’ neste uso significa simplesmente algo diverso do mesmo termo como ele aparece nos escritos de Marx. A ‘racionalização’, conforme expressa na tecnologia e na organização das atividades humanas, na forma da burocracia, é a tônica. (GIDDENS, 1991, p. 22)

Assim, independente da característica principal da modernidade, é importante reconhecê-la como um fenômeno complexo (multidimensional, nas palavras de GIDDENS) que engloba tanto o capitalismo quanto a industrialização e a racionalidade (racionalização) em seus limites.

Logo, ainda se possa afirmar que se vive na modernidade, trata-se, sem dúvida, de uma modernidade bem diferente. Assim como BECK (modernidade reflexiva), entende que os mesmos traços que autorizaram a mudança da Era Medieval para a Era Moderna ainda existem e, como tal, não se pode falar em “fim da modernidade”, “fim da história” ou mesmo em “Era Pós-Moderna”, rechaçando a ideia defendida por muitos de que o ciclo da modernidade teria chegado ao fim. O Autor também indica a mudança dos parâmetros da modernidade, em relação às mudanças que a originaram e as dúvidas que surgem dos contornos imprecisos entre a sociedade moderna e seus institutos-chave, como a própria sociedade industrial.

Para BECK (2011), se durante o século XIX os privilégios estamentais e mesmo os simbolismos religiosos (especialmente as imagens religiosas) passaram por questionamento e mesmo, usando sua expressão, “desencanto”, o mesmo acontece atualmente com o entendimento científico e tecnológico da denominada sociedade industrial clássica. Há, portanto, desencanto das formas de vida e trabalho, do modelo de família nuclear, do papel-modelo dos pais, surgidas com a sociedade industrial em sua primeira fase. Logo, o próprio conceito de modernidade sempre esteve atrelada ao conceito de sociedade industrial, sendo tratada, muitas vezes, como verdadeira premissa lógica (modernidade da sociedade industrial).

Ainda tratando sobre os termos utilizados para essa fase de transição, BAUMAN vai designar a sociedade moderna “tradicional” como uma sociedade de produtores, uma fase “sólida” da modernidade, onde a previsibilidade e segurança reinam de forma quase absolutas. Esta segurança acabou por representar um ambiente confiável, ordenado,

regular e, por isso mesmo, duradouro, resistente ao tempo. Embora indique a existência de fases da modernidade, o Autor (que já utilizou em momentos diferentes²⁷ de sua vasta obra, as expressões “pós-modernidade” e “modernidade líquida”) não considera que essa “nova fase” abandone completamente os parâmetros caracterizadores da modernidade, embora indiquem claramente uma mudança significativa em seu padrão.

Independente do termo utilizado (modernidade tardia, modernidade reflexiva, pós-modernidade), não se pode deixar de considerar que as características da sociedade contemporânea se aproximam consideravelmente do conceito de “modernidade líquida” de BAUMAN (que será a nomenclatura utilizada neste trabalho como referência).

Assim, nas palavras de BAUMAN, algumas características são marcantes nessa nova fase da modernidade. Uma delas é o declínio da crença de que é (seria) possível alcançar um modelo de perfeição por meio de uma evolução histórica, que uma sociedade justa e sem conflitos estaria por chegar em um futuro (próximo ou tardio, mas inescapável).

A possibilidade de uma ordem perfeita, com a satisfação da necessidade de todos, que traria fim a toda “contingência, disputa, ambivalência e consequências imprevistas das iniciativas humanas” (2001, p. 41) deixa de existir. A segurança da evolução da sociedade, da resolução dos problemas sociais, a igualdade e liberdade, todas prometidas pelo ideal moderno foram paulatinamente desaparecendo ou, no mínimo, sendo objeto de sério questionamento pelos indicadores atuais.

GIDDENS (1991) vai notar que a modernidade experimentada atualmente, com o desenvolvimento das instituições sociais em escala mundial, criou oportunidades maiores para as pessoas usufruírem de uma existência segura e gratificante do que qualquer outro tipo de sistema pré-moderno. Entretanto, a promessa de um mundo melhor para todos, da mesma forma, vai ruindo com a visão, cada vez mais clara, de um lado sombrio da própria modernidade. Os efeitos do trabalho na vida das

²⁷ BAUMAN utiliza a expressão pós-modernidade em sua obra *O mal-estar da pós-modernidade*, publicada originalmente em 1997 e, posteriormente, acaba por escrever um livro em que, apesar de apontar significativas diferenças entre as várias fases da modernidade (sólida e líquida), não se afasta completamente deste conceito, justificando, inclusive, a manutenção do termo “modernidade”, agora como “modernidade líquida” (livro *modernidade líquida*, publicado originalmente em 2000).

peças, os regimes totalitários, as guerras e a questão ambiental, todas tratadas como características “sombrias” da própria modernidade, parecem ofuscar, ou pelo menos relativizar, as promessas iniciais do modelo.

Além disso, não foi apenas a certeza da evolução, do progresso social, que foi atingido. Outra mudança significativa apontada por BAUMAN é o que denomina de desregulamentação e privatização das tarefas e objetivos da modernidade. Se antes (em sua fase sólida, industrial) a modernidade outorgava a todos a tarefa pela construção de seus objetivos (uma tarefa da própria sociedade, com as pessoas trabalhando conjuntamente para alcançar um resultado), agora a tarefa foi fragmentada, deixada “à administração dos indivíduos e seus recursos” (2001, p. 41)

Esta última mudança (uma espécie de individualização da sociedade contemporânea), contribui para um distanciamento entre os conceitos de indivíduo e cidadão. O que se esperaria do Estado (representação política da sociedade?) é apenas a manutenção de uma ordem caracterizada como a segurança para as pessoas e seus bens, ajudando a pavimentar um caminho em que os esforços e escolhas individuais possa ser plenamente exercidos, sem risco de interferência, seja de um ente (Estado) ou de pessoas “estranhas”, ou como diz BAUMAN, “trancando criminosos potenciais ou reais nas prisões e mantendo as ruas livres de assaltantes, pervertidos, pedintes e todo tipo de estranhos constrangedores e maus” (2001, p. 51).

É exatamente o contexto que acaba por fazer ruir outro paradigma da modernidade sólida: a ideia de que os indivíduos atuassem coletivamente como cidadãos em busca de um bem comum. Se o cidadão é entendido como participante de algo maior (de uma sociedade política, de uma nação), ele (cidadão) passa a ser um inimigo do próprio indivíduo, absorto em suas preocupações cotidianas para resolver os seus próprios problemas, sem que questões reconhecidamente coletivas, e por isso mesmo tratadas coletivamente pela política, sejam pautadas como essenciais.

Como já alertava LIPOVETSKY, em sua obra que trata da existência de uma sociedade de hiperconsumo, a vida no presente prioriza aspectos particulares aos grandes temas “públicos de um passado recente, “sobrepôs-se às expectativas do futuro histórico, e o hedonismo, às militâncias políticas; a febre do conforto ocupou o lugar das paixões nacionalistas e os lazeres substituíram a revolução” (2015, p. 7)

O espaço público passa a ser um reflexo do indivíduo, suas questões particulares, íntimas e não mais um *locus* de debate político

utilizado para soluções coletivas. É a ocupação do “público” pelo “privado”. A ideia de elevação quase absoluta do privado sobre o público é reforçada por BARBER, que identifica na “ideologia da privatização” um poderoso elemento para a expansão do mercado de consumo, sem qualquer interferência da sociedade, atacando a ideia de bem comum. A “ideologia da privatização” seria uma “expressão nova e vigorosa da tradicional filosofia *laissez-faire* que favorece mercados livres em detrimento de regulação de governo e associa a liberdade à escolha pessoal do tipo que os consumidores têm”. (2009, p. 136)

É assim que o conflito entre conceitos aparentemente coincidentes de indivíduo e cidadão, outrora improvável, é percebido por BAUMAN (2001), como uma colonização do “público” pelo “privado”. É como se o “interesse público” estivesse reduzido a uma curiosidade sobre a vida particular de figuras públicas, reduzindo, desse modo, a arte da vida pública à exposição pública de questões privadas. Diz ainda que, neste contexto, quanto mais íntimas forem as questões privadas, melhor para saciar a curiosidade das pessoas. Assim, as questões realmente públicas tornam-se praticamente irreconhecíveis.

E, partindo do pressuposto que a indicação de BAUMAN está correta, é razoável admitir que a preocupação do próprio direito na sociedade contemporânea passa a ser outro. Se no início da modernidade, o direito (liberal) foi um dos artífices de uma luta por maior liberdade individual, frente a um estado opressor, ricamente representado pelo absolutismo existente em boa parte dos países da Europa Ocidental e suas colônias, atualmente é fundamental a compreensão de que os inúmeros problemas sociais ainda existentes (especialmente nas sociedades periféricas como a brasileira) não encontram grande perspectiva numa abordagem particular, individual.

Se uma parcela considerável das famílias brasileiras está com sérios problemas para resolver suas dívidas e ainda está de benesses básicas da modernidade (ainda que em sua fase “sólida”, tais como esgotamento sanitário²⁸, segurança alimentar²⁹ etc.), a análise do caso brasileiro passa por um debate necessariamente público, já que qualquer perspectiva de resolução por conta do próprio indivíduo, parece deslocada e sem qualquer chance de obter resultados efetivos.

28

<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=1300&z=p&o=23&i=P>

²⁹<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=2998&z=pnad&o=9&i=P>

A solução de problemas básicos das sociedades periféricas (ainda que de países em desenvolvimento como o Brasil) parece ainda mais distante quando o discurso da abordagem individual acaba por obstaculizar um debate público sobre o papel das grandes Corporações no contexto social. As instituições particulares (ou privadas) não são sequer alcançadas pelo debate público ou, pelo menos o que usualmente foi aceito como adequado na modernidade, um debate democrático, aqui definido com o a capacidade de interferência de todos nos rumos das definições das políticas públicas a serem encaminhadas e efetivadas.

A tarefa atual para que as questões realmente públicas possam ser encaminhadas, portanto, é reocupação do espaço público, o fortalecimento do conceito de cidadão (participação efetiva do sujeito da cidadania). E se esses conceitos ainda remontam à modernidade em sua fase “sólida”, talvez seja necessário, ao menos em sociedades capitalistas periféricas, uma atenção especial a sua efetividade. Uma atenção especial aos direitos ainda sonogados para parcela significativa da população.

É nesse sentido que BAUMAN vai dividir os indivíduos em dois tipos: os indivíduos de direito (*de jure*), que navegam para longe dos espaços públicos pelas redes eletrônicas e aparentam descompromisso e mesmo invisibilidade com as questões de “interesse geral”, dos; indivíduos de fato (*de facto*), que por serem cidadãos, buscam uma autoconstituição deliberada e perpétua e entendem que não há indivíduos autônomas sem uma sociedade autônoma.

É um antigo (moderno) conflito entre o espaço individual e o coletivo, entre a necessidade de autonomia e liberdade individual e o receio de um poder maior, representado por um corpo coletivo e que, não raras vezes, atinge direitos individuais em nome de um complicado (para dizer o mínimo) conceito de coletividade.

O conceito de sociedade sempre trouxe consigo este debate, mas é certo dizer, ao contrário do que afirmou Margaret Thatcher³⁰, que a sociedade, entendida como um ideal coletivo (formado por vários indivíduos) ainda tem papel fundamental na conquista da própria autonomia individual.

³⁰ Margaret Thatcher, primeira-ministra britânica entre 1979 e 1990 e uma pioneira na aplicação das teses neoliberais na Europa, em famosa entrevista a uma revista afirmou (em setembro de 1987): “Mas, o que é sociedade? Não existe essa coisa. O que existe são homens e mulheres, indivíduos e famílias”. Disponível em <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,essa-coisa-de-sociedade-nao-existe-imp-,1019492>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

Embora as razões para examiná-la de perto possam não ter desaparecido, a sociedade é hoje antes de tudo a condição de que os indivíduos precisam muito, e que lhes faz falta – em sua luta vã e frustrante para transformar seu status *de jure* em genuína autonomia e capacidade de autoafirmação. (2001, p. 55)

Em outras palavras, imaginar a autonomia individual e a democracia pressupõe a existência de um espaço público em que as questões sejam debatidas e encaminhadas. Não se trata aqui, embora plenamente aplicável, de simplesmente reforçar a ideia clássica de democracia onde a participação de todos (em tempos atuais ainda que indiretamente) é condição essencial para a concretização de seu conceito. Trata-se também de perceber que a guinada da modernidade “líquida” para a priorização do indivíduo e de suas escolhas motivadas por interesses particulares não é possível sem a manutenção e o desenvolvimento de uma esfera pública. Assim, para BAUMAN (2001) a verdadeira libertação atualmente seria ainda mais dependente da esfera pública. Agora, para que viabilizar a liberdade individual, é a esfera pública que precisa de defesa contra o invasor privado, criando uma situação paradoxal, em que para garantir liberdade individual, é cada vez mais necessária a defesa e o aumento da esfera pública.

E se os conceitos de indivíduo e cidadão parecem estar em conflito, é necessário refletir sobre essa nova modernidade que se desenvolveu nas últimas décadas e que, de forma impressionante, acabou por transformar seu próprio conceito.

Embora inúmeros fatores possam ser indicados para explicar, ainda que parcialmente, as alterações desta “última” modernidade (vivenciada atualmente), os objetivos deste trabalho estão concentrados em um fenômeno verdadeiramente revolucionário, que impactou todo o sistema econômico, a vida em sociedade e que parece ainda estar em fase de expansão (especialmente nos países em desenvolvimento): o *consumismo*.

Inicialmente é importante destacar que *consumo* e *consumismo* devem ser diferenciados. O *consumo* representa uma condição observável em toda a história humana, podendo ser entendido como um ato pelo qual as pessoas satisfazem suas necessidades e desejos. Desde o consumo de alimentos (passando por produtos (e serviços) fundamentais como roupas, artigos de higiene, remédios etc.) até a aquisição de produtos facilitadores da atividade humana (resultado direto do desenvolvimento tecnológico

como geladeiras, computadores etc.) podem ser descritos como objetos de *consumo*.

Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com toda certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas a partir de narrativas históricas e relatos etnográficos. (BAUMAN, 2008, p. 37)

O *consumo*, portanto, tem um significado amplo e não é elemento caracterizador de qualquer fase histórica, já que não é possível sequer imaginar a vida humana sem o consumo, mais ainda atualmente diante das constantes mudanças tecnológicas que a sociedade contemporânea experimenta.

A questão mais complexa é definir o *consumismo*, especialmente como característica definidora de um “novo” tipo de sociedade. O *consumismo* pode ser entendido como uma alteração do termo originário (consumo). Não se trata de uma característica que acompanhou a civilização humana e está sendo paulatinamente alterada por conta das próprias mudanças percebidas com o passar do tempo como, por exemplo, uma mera alteração nos objetos de consumo. Também não se trata do mero aumento na quantidade de objetos (bens) consumidos. A questão é mais complexa.

O *consumismo* seria o retrato, a principal característica, de uma sociedade de necessidades e desejos indefinidamente não satisfeitos. De uma sociedade em que as pessoas têm novas “necessidades” (ainda que não necessárias) e pontuam suas vidas para satisfazê-las, ainda que a satisfação venha a gerar imediatamente novas necessidades, num ciclo que parece não ter fim e, que de uma forma ou de outra, alimenta o sistema econômico atual.

A possibilidade de adquirir novos bens e a incrível velocidade com que outros tantos são produzidos tornou fez explodir o consumo, tornando-o mais do que uma característica comum a todas as sociedades humanas, mas um verdadeiro valor.

Pode-se dizer que o ‘consumismo’ é um tipo de arranjo social exultante da reciclagem de vontades,

desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. (BAUMAN, 2008, p. 41)

Este valor (consumismo) promete, entre tantas outras coisas, a melhoria de vida de forma contínua. Em outras palavras, se a felicidade é a possibilidade de satisfazer seus desejos e necessidades, consumir bens que as satisfaçam é a chave para uma vida melhor, plena e, em última instância, feliz.

E o desenvolvimento deste modelo estabeleceu uma nova hierarquia de valores ou mesmo objetivos. A satisfação das “novas necessidades” por produtos cada vez mais sofisticados passou a ser um valor perseguido por todos na sociedade contemporânea, inseridos ou não em um mercado cada vez mais rápido e custoso. Mais do que uma mera característica de uma nova fase da produção de mercadorias (uma nova fase do capitalismo), o consumismo passa a orientar a vida das pessoas de maneira geral, independente de sexo, idade, origem nacional ou quaisquer outros indicadores que possam diferenciar as pessoas. Em verdade, há produtos (e serviços) para todas e todos, independentemente de quem sejam ou onde estejam.

Nas palavras de LIPOVETSKY (2015), os antigos e conhecidos limites das dimensões de tempo e espaço que enquadravam o universo do consumo são continuamente reduzidos e mesmo extintos. Atualmente, vive-se em um universo de consumo “contínuo, dessincronizado e hiperindividualista”, em que as estratégias de segmentação de marketing das corporações atingem todas as pessoas, com qualquer idade e nível socioeconômico. Neste “universo”, cada um pode organizar seu tempo da forma mais adequada, modificar sua aparência (parecer, ou mesmo ficar, mais alto, forte, magro, bonito), moldar, enfim, seu modo de vida, sem que seja necessário qualquer constrangimento, já que as culturas antagonistas são eliminadas e tudo passa a ser organizado de acordo com o *ethos* consumista.

E a construção deste modelo passou pela superação do modelo capitalista tradicional (industrial, produtivista), em que a promessa de segurança a longo prazo foi substituída pela busca incessante da

satisfação imediata dos desejos (sempre crescentes). Se no modelo capitalista industrial os bens eram produzidos para satisfazerem as necessidades e serem duráveis, o capitalismo em tempos de consumismo produz bens que prometem a satisfação de desejos (e não necessidades) e de forma urgente.

Enquanto o capitalismo tradicional centrava suas preocupações na oferta de produtos, na atual fase suas iniciativas são voltadas para a procura, em outras palavras, busca-se a satisfação do consumidor, o que altera as estratégias utilizadas pelas empresas e o funcionamento da própria economia. Esta centralidade do consumidor (que ao lado do mercado financeiro é visto por LIPOVETSKY como os motores da nova ordem econômica) impõe “comercializar todas as experiências em toda a parte, em qualquer momento e para todas as idades, diversificar a oferta adaptando-a às expectativas dos compradores [...]” (2015, p. 9)

E a caracterização da sociedade contemporânea como uma sociedade marcadamente de consumo é, inclusive, indicada por HONNETH como uma das explicações possíveis para o desenvolvimento do próprio capitalismo industrial (ao lado da tese weberiana que associa seu desenvolvimento às mudanças religiosas ocorridas na Igreja Católica com o surgimento do protestantismo, mais especificamente na Inglaterra do século XVI)³¹.

As características da sociedade de consumo como uma época em que os bens acabam ocupando um lugar central e, por vezes e cada vez mais, substituem as próprias pessoas na relação. Não se trata de supor que o consumo é um fenômeno contemporâneo. Ao contrário, as sociedades humanas sempre estiveram, de uma forma ou de outra, vinculadas a um consumo, ainda que voltado para a satisfação das necessidades básicas (orgânicas). A questão, agora, é o papel central do consumo e, conseqüentemente, dos objetos nas relações humanas e a velocidade com

³¹ La rápida difusión de la economía de mercado capitalista en muchos países de Europa Occidental fue explicada en el siglo XX en gran medida con la ayuda de la tesis sociológico-religiosa de Max Weber, según la cual la base motivacional de la disposición necesaria para el rendimiento laboral y la autodisciplina fue preparada por algunas corrientes del protestantismo, que vincularon la esperanza de la predestinación divina con el requisito de la satisfacción individual de todas las obligaciones profesionales; solo en las últimas décadas, con una serie de estudios sociológico-económicos, se opuso a esta postura el descubrimiento de que tuvo un papel igualmente importante en la dinamización de la esfera del mercado el desarrollo de una nueva cultura del consumismo, que empezó a establecerse en Inglaterra ya en el siglo XVIII. (HONNETH, 2014, p. 262)

que esses mesmos objetos são substituídos e novas necessidades (desejos) são criadas.

O consumo (ismo) passa a ser mais do que apenas um símbolo de status, de distinção social, passa a ser incorporado como necessidade essencial em todos os níveis sociais, com consequências naturalmente distintas.

BAUDRILLARD, ainda que de alguma forma aproximando a situação enfrentada pela sociedade de consumo atual em relação a outros períodos da história (o consumo e mesmo o desperdício como símbolo de distinção seria verificável em inúmeras sociedades humanas), reconhece que “existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objetos, dos serviços, dos bens materiais” (2014, p. 13). A sociedade de consumo de massa é, sem dúvida, um fenômeno contemporâneo, vinculada a possibilidade (infinita?) de produção de bens e serviços proporcionada pelo incrível desenvolvimento tecnológico experimentando nas últimas décadas.

E também caracterizando a sociedade contemporânea como uma sociedade de consumo de massa. Nas palavras de BAUMAN:

A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não-satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores. Mas outra forma de fazer o mesmo, e com maior eficácia, permanece quase à sombra e dificilmente é trazida às luzes da ribalta, a não ser por jornalistas investigativos perspicazes: satisfazendo cada necessidade/desejo/vontade de tal maneira que eles só podem dar origem a necessidades/desejos/vontades ainda mais novos. O que começa com um esforço para satisfazer uma necessidade deve se transformar em compulsão ou vício. E assim ocorre, desde que o impulso para buscar solução de problemas e alívio para dores e ansiedades nas lojas, e apenas nelas, continue sendo um aspecto do comportamento não apenas destinado, mas encorajado com avidez, a se condensar num hábito ou estratégia sem alternativa aparente (BAUMAN, 2014, p. Location 903)

Essa satisfação das necessidades está associada a uma busca da própria felicidade (uma antropologia ingênua em que teríamos uma

propensão natural para a felicidade, nas palavras de BAUDRILLARD) (2014). E se a felicidade está nos bens e serviços, nas lojas e shoppings, o consumismo passa a ser a opção adequada para todos, fazendo com que os consumidores (todas as pessoas) deixem de ter uma opção alternativa razoável, reunindo suas energias (esforços) para obedecer aos preceitos dessa sociedade de consumo.

A ‘sociedade de consumidores’, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação. (BAUMAN, 2014, p. location 1019)

O próprio LIPOVETSKY, tratando do mesmo tempo, resgata a importância do capitalismo no que se refere aos mercados de massa, abordando a economia fordista, o fetichismo das marcas e a organização pós-fordista. Nesta sociedade do hiperconsumo a produção dos bens, os serviços, as mídias, os lazeres, a educação, a ordenação urbana, tudo estaria, de uma forma ou de outra, vinculado à nossa maior felicidade.

Assim, quanto mais uma sociedade se enriquecesse (e naturalmente, enriquecessem seus cidadãos) maior será o consumo e as necessidades de consumir, promovendo-se uma “mercantilização” das necessidades.

As necessidades (chamadas agora de receitas de felicidade?) estariam tanto nas antigas áreas (da alimentação, da moradia, do vestuário) quanto em todas as outras em que se pode adquirir uma enorme quantidade de bens para sua satisfação.

O autor cunha a expressão “turboconsumidor” para se referir às rápidas mudanças sociais e econômicas que levaram o ser humano não apenas a um consumo em massa, mas a uma situação de individualização e mesmo “hiperindividualização” do consumo, como se este fosse a chave para a felicidade, atingindo todas as esferas sociais (os que querem e podem consumir, excluindo-se o oposto a este quadro) e idades (adultos e crianças ansiosos por consumir) (LIPOVETSKY, 2015).

E embora essa “sociedade de consumo” (hiperindividualista) esteja localizada de maneira mais visível a partir dos anos 50’ (década de 50’) e especialmente nas sociedades capitalistas centrais, HONNETH, fazendo

referência a HEGEL (em seu “Princípios de Filosofia do Direito”), já encontra o reconhecimento a esse “sistema de necessidades” como uma decorrência lógica da própria economia capitalista, desde o seu início³².

LIPOVETSKY estabelece uma cronologia para o surgimento do que denominou de sociedade do hiperconsumo (sociedade de consumidores para BAUMAN). E seu surgimento e desenvolvimento estão vinculados ao surgimento do denominado mercado de massas.

O ciclo I da era do consumo de massa começa por volta dos anos 80 do século XIX e termina com a Segunda Guerra Mundial. Fase I que assiste à constituição, no lugar dos pequenos mercados locais, dos grandes mercados nacionais tornados possíveis pela infra-estruturas modernas de transporte e de comunicação: estradas-de-ferro, telégrafo, telefone. (2015, p. 23)

Este desenvolvimento dos transportes e meios de comunicação foi acompanhado da evolução da capacidade de produção das máquinas industriais, o que aumentou dramaticamente a quantidade de produtos existentes e prontos para o consumo e o seu escoamento. Uma quantidade significativa de produtos teve o preço reduzido e embora tenha representado um avanço no consumo das pessoas, ainda estava vinculado a um pequeno número de famílias, que tinham dinheiro suficiente para adquiri-los. Apesar disso, a Fase I (Ciclo I) da sociedade de consumo criou a *marca* como um diferencial que nunca foi abandonado.

Estandarizados, acondicionados em pequenas embalagens, distribuídos pelos mercados nacionais, os produtos passam a apresentar um

³² No es casual que Hegel, por ese motivo, haya comenzado su descripción de la economía de mercado con un capítulo sobre el ‘sistema de las necesidades’, que él entiende como la satisfacción acelerada por la competencia económica de necesidades individuales, que se van, diferenciando cada vez más, y que han superado ampliamente el nivel de lo simplemente necesario para vivir. [...] Al consumismo, para valerse aquí de un término que luego es utilizado gradualmente de manera negativa, lo trata Hegel, en un primer momento, como un síndrome de actitud, en el que se manifiesta un progreso marcado en el establecimiento institucional de la libertad individual. [...] él ve en la ‘policía’ un órgano público al que le está permitido restringir la ‘libertad de industria’ en pos de precios asequibles y del aseguramiento de la calidad de los productos, pero que no tiene todavía mecanismos institucionales para proteger a los consumidores de una distorsión o una manipulación de sus necesidades. (HONNETH, 2014, p. 262-264)

nome, atribuído pelo fabricante: a marca. [...] É ao longo da década de 80 do século XIX que são fundadas ou se tornam célebres marcas como a *Coca-Cola*, *American Tobacco*, *Procter & Gamble*, *Kodak*, *Heinz*, *Quaker Oats*, *Campbell Soup*. De 1886 a 1920, o número de marcas registradas em França passa de 5520 a 25000” (2015, p. 26)

O surgimento da *marca* como um fenômeno do consumo de massas altera, inclusive, a relação entre os consumidores e os vendedores (ainda evitando o termo fornecedor). Afinal, agora os compradores de produtos deixam de ter a necessidade de confiar no vendedor. A confiança passa a ser na marca do produto, muito impulsionado pelo aumento significativo de dinheiro investido pelas em presas em *marketing*. Além disso, as grandes lojas começam a ser fundadas, inaugurando o estilo dos grandes templos de consumo (o lugar dos *shoppings centers* da atualidade), um lugar de distribuição em massa³³.

O segundo grande Ciclo do mercado de consumo desenvolveu-se por volta de 1950, no pós-Segunda Guerra Mundial.

Marcada por um excepcional crescimento econômico, pela subida do nível de produtividade do trabalho, bem como pela extensão da regulação *fordiana* da economia, a fase II corresponde aquilo que chamamos de «sociedade da abundância». Triplicando ou quadruplicando o poder de compra dos salários, democratizando os sonhos do Eldorado consumista, a fase II apresenta-se como o modelo puro da «sociedade do consumo de massa». (2015, p. 28)

Esta expansão somente foi possível por conta da difusão de um modelo de organização industrial que tinha como objetivo produzir produtos estandardizados em grande quantidade, em grande escala. A melhoria das condições de vida nas sociedades ocidentais desenvolvidas resulta no aumento do consumo de produtos e torna-se sinônimo de felicidade. Além disso, há uma estimulação constante dos desejos pela indústria publicitária. A fase II é tratada por LIPOVETSKY como a “sociedade do desejo”:

³³ Apenas como exemplo, na França foram fundados o *Printemps* (1865) e o *Le Bon Marché* (1869) e nos Estados Unidos a *Bloomingdale’s* (1872) e a *Macy’s* (1902) e em 1890, mais de 15.000 pessoas visitavam o *Le Bon Marché* diariamente (LIPOVETSKY, 2015)

Mas a sociedade de consumo não se resume à subida rápida do nível médio de vida: há também todo um ambiente de estimulação dos desejos, a euforia publicitária, a imagem luxuriante das férias, a sexualização dos símbolos e dos corpos. Trata-se de uma sociedade que substitui a coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pela despesa, a solenidade pelo humor, o recalçamento pela libertação, as promessas do futuro pelo presente. (2015, p. 31)

Nesta fase, a expansão do crédito começa a ser encorajado para garantir o escoamento dos produtos. Apesar da melhora nos índices econômicos, ainda era preciso expandir o consumo além do poder aquisitivo presente das pessoas e os produtos continuaram como símbolos de status social.

A segunda fase do mercado de massas (ou de consumo) identifica-se, inclusive, com os denominados “Os Trinta Gloriosos” no continente europeu, período compreendido entre os anos de 1945 a 1975 e que representaram um período de grande crescimento econômico e desenvolvimento social nos países da Europa, com enorme expansão de consumo e que novamente introduziram esses países (europeus) à dianteira mundial da economia, junto com os Estados Unidos.

O crescimento excepcional dos países europeus é justificado pela necessária reconstrução dos países duramente afetados pelas duas Guerras Mundiais, tanto nas atividades industriais e comerciais quanto no próprio crescimento da população europeia, após as milhões de mortes experimentadas no período anterior.

Apenas como exemplo, a Europa chegou a experimentar nesse período taxas de crescimento anuais superiores a 4% (quatro por cento), o que ajudou significativamente no aumento geral do consumo, especialmente dos habitantes dos países desenvolvidos³⁴.

A questão é também considerar que as características do consumo da sociedade à época eram distintas do modelo capitalista de

³⁴ PIKETTY, economista francês, indica que o crescimento experimentado nesse período é excepcional e deve-se a uma série de fatores históricos, em especial as guerras mundiais, travadas especialmente no continente europeu. A recuperação da Europa no pós-Guerra repercutiu no aumento da taxa de crescimento. “A Europa continental – e a França em particular – vive, em grande medida, numa nostalgia dos Trinta Gloriosos, isto é, daquele período de trinta anos que vai do fim dos anos 1940 ao fim dos anos 1970, durante o qual o crescimento foi excepcionalmente intenso”. (2014, p. 100)

desenvolvimento encontrado até os anos iniciais do pós-Segunda Guerra. Há um incremento exponencial do consumo e uma alteração simbólica em seu status.

A fase III do mercado de consumo traria consigo questões relacionadas a uma espécie de consumo “emocional”, de características individuais. A diferenciação agora não apenas é possível como desejável. A grande diferença entre os dois ciclos talvez seja essa. No ciclo II, a massificação do consumo trouxe consigo uma padronização de comportamentos. As pessoas consumiam o que todos consumiam para serem reconhecidos como pertencentes a um determinado grupo social. Aqui, no ciclo III, o consumo, embora seja igualmente massificado, traz uma perspectiva de distinção, de diferenciação.

O importante agora é ser único (ainda que consumo os mesmos produtos de milhares ou mesmo milhões de pessoas). A ideia da distinção, embora não seja nova no cenário do consumo e na perspectiva social, encontra significado diferente. Nas palavras de LIPOVETSKY, trata-se da sociedade de “hiperconsumo”:

Não encontro termo mais adequado que o de ‘hiperconsumo’ para definir uma época em que os gastos já não têm por motor o desafio, a diferença, os confrontos simbólicos entre os homens. Quando as lutas de concorrência já não são a pedra angular da aquisição de produtos, começa a civilização do hiperconsumo, esse império sobre o qual brilha continuamente o sol do mercado e do individualismo. (2015, p. 37).

Este individualismo identificado no consumo passa a buscar não mais apenas um sinal exterior de riqueza ou sucesso, mas criar um contexto de vida saudável, agradável, personalizada, única. Experiências nostálgicas, sensíveis e não mais aquelas que têm uma finalidade racional específica³⁵. Agora “os conceitos de responsabilidade e escolha

³⁵ Importante destacar que a escolha do que é consumido, embora esteja vinculado a uma decisão individual, não é necessariamente fruto de uma escolha livre e autônoma, podendo ser definida ou fortemente influenciada de acordo com a origem social e nível de educação. Sobre o assunto, vinculando as escolhas dos bens consumidos a uma distinção na sua formação e adotando o conceito de divisão de classes (Marx), o sociólogo francês Pierre Bourdieu indica as formas de justificação, legitimação e naturalização de uma dominação social injusta: “[...] a análise estatística mostra, por exemplo, que oposições de estrutura semelhante às que se observam em matéria de consumo cultural encontram-se, também, em matéria de consumo alimentar: a antítese entre a quantidade e a qualidade, a grande comilança e os quitutes, a substância e a forma ou as formas,

responsável, que antes residiam no campo semântico do dever ético e da preocupação moral pelo Outro, transferiram-se ou foram levados para o reino da auto-realização e do cálculo de riscos”. (BAUMAN, 2008, p. 119) O “eu mereço” parece ser um definidor daquilo que é adequado, ainda que não tenha qualquer vinculação com a realidade, que a conduta não tenha qualquer mérito identificável. De qualquer forma, o prêmio é o objeto desejado.

Esse é o consumo dito emocional por LIPOVETSKY, a busca por experiências afetivas, imaginárias, sensoriais. Agora, mais do que antes quando as grandes questões políticas estavam em debate, o consumo é responsável por trazer identidade às pessoas. E a identidade não pode mais estar vinculado às estruturas conhecidas, como o estado, a igreja, a nação e tantos outros conceitos que, no mundo atual, dizem muito pouco³⁶.

A identidade, portanto, buscada por todos, é fundada em características estritamente pessoais e mutáveis. Embora o anseio por essa identidade possa estar relacionado ao desejo também por segurança, o desenvolvimento do consumo de massa do tipo “emocional” pode ser encarado como uma confortável saída para o dilema. Afinal, o consumo permite a mudança constante, já que, como indica BAUMAN (2005, p. 35) “‘estar fixo’ – ser ‘identificado’ de modo inflexível e sem alternativa – é algo cada vez mais malvisto”.

TOURAINÉ também identifica diferenças marcantes (na Europa e nos Estados Unidos) sobre as características do consumo no final dos anos 1960’ e dos anos imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial. Era o início da denominada sociedade do hiperconsumo e que não

encobre a oposição, associada a distanciamentos desiguais à necessidade, entre o **gosto de necessidade** – que, por sua vez, encaminha para os alimentos, a um só tempo, mais nutritivos e mais econômicos – e o **gosto de liberdade** – ou de luxo – que, por oposição à comezaina popular, tende a deslocar a ênfase da matéria para a maneira (de apresentar, de servir, de comer etc.) por um expediente de estilização que exige à forma e às formas que operem uma denegação da função”. (2015, p. 13)

³⁶ Interessante é frase trazida por BAUMAN e que mostra a dificuldade atual de estabelecer parâmetros de identidade: “Em 1994, um cartaz espalhado pelas ruas de Berlim ridicularizava a lealdade a estruturas que não eram mais capazes de conter as realidades do mundo: ‘Seu Cristo é judeu. Seu carro é japonês. Sua pizza é italiana. Sua democracia, grega. Seu café, brasileiro. Seu feriado, turco. Seus algarismos, arábicos. Suas letras, latinas. Só o seu vizinho é estrangeiro’”. (2005, p. 33)

guardava relação direta com as necessidades específicas das pessoas (consumidores).

[...] O consumo que se pode chamar de tradicional ou subordinado às atividades de produção tinha três orientações principais: a reprodução da força de trabalho, a simbólica do nível, a relação com o mundo não utilitário das ideias. O consumo que se chama de massa, se bem que ele não seja evidentemente desconnectado dos rendimentos, possui também três aspectos: à reprodução física ou cultural sucede a formação de novas comunidades e tribos; a hierarquização social de consumos é substituída pelo nascimento do *prosumer*, segundo a palavra de Toffler, isto é, do consumidor que é ao mesmo tempo a finalidade da empresa de produção. Aquilo que define o aluno ou o estudante na escola ou universidade, o doente no hospital ou o público da televisão; enfim, o apelo à cultura elevada transforma-se em defesa e afirmação da personalidade individual (1994, p. 152-153)

É natural supor que as características das outras fases de consumo apresentadas pelo Autor não tenham simplesmente desaparecido. Mais ainda quando a análise é feita com base na sociedade dos países desenvolvidos, o que *per si* é suficiente para que se possa identificar características das três fases propostas em vários lugares do mundo, em especial na sociedade brasileira.

GREGORI, tratando da mesma “sociedade de consumo”, reforça a indicação do desenvolvimento da sociedade de consumo em várias fases. Para a Autora, o desenvolvimento deu-se, porém, em quatro fases.

Na primeira fase, identifica o consumo como um consumo-sedução ou consumo-distração e, assim como LIPOVETSKY, aponta a restrição dos partícipes dessa sociedade de consumo, já que apenas os “consumidores abastados” participaram do processo:

A primeira fase, iniciada por volta dos anos 1880, avança até a Segunda Guerra Mundial. Trata-se da constituição da produção e do consumo de massa, da invenção do *marketing* e da construção do consumidor moderno, surgindo o consumo-sedução, isto é, comprar por prazer, e o consumo-distração, ou seja, para ocupar o tempo. Nessa época o consumidor abastado começa a usufruir

dos novos produtos tecnológicos, como o telefone, o rádio, o automóvel. (GREGORI, 2010, p. 46)

A segunda fase coincide com o período pós-Segunda Guerra Mundial, em que os produtos adquiridos eram utilizados como objetos de distinção social (status) e que houve, no mundo desenvolvido, uma grande abundância na oferta de produtos e também em seu consumo.

O segundo ciclo começa por volta de 1950 e se consolida ao longo das três primeiras décadas do pós-guerra, é considerada a sociedade da abundância, como o modelo mais puro da sociedade de consumo de massa. Nele, ocorrem a revolução comercial sem precedentes e o início das novas estratégias do *marketing* de segmentação de mercado, baseadas em fatores demográficos e socioculturais. (GREGORI, 2010, p. 47)

A segunda fase do desenvolvimento do mercado de massas também para a Autora estabelece uma relação entre a felicidade e o consumo, representada, de uma forma ou de outra, pelo progresso na obtenção de bens e na melhoria de vida das pessoas, imediatamente vinculado a um maior conforto material. É a sociedade do desejo, onde o prazer imediato causado pela bem-estar dos produtos adquiridos, são a própria razão de vida das pessoas. O desejo de “ter” confunde-se com o próprio “ser”.

Na terceira fase, a Autora, utilizando a classificação de LIPOVETSKY aponta para o surgimento da denominada sociedade do hiperconsumo, nos mesmos moldes apresentados pelo referido Autor. Entretanto, ao tratar sobre este período, dá ênfase ao desperdício causado pelo consumo desenfreado, até mesmo inconsciente (no sentido de não buscar uma associação direta com uma determinada finalidade específica).

Com a democratização do desejo, nos fins dos anos 70, a marca do sucesso não é mais nem o ter, nem o ser, todos podem consumir, tudo padronizado. Há um estímulo desenfreado ao consumo, inicia-se a terceira etapa histórica, a chamada de sociedade do hiperconsumo. A sociedade do hiperconsumo caracteriza-se pelo fato de o consumidor consumir por impulso, inconscientemente, e desperdiçar muito. Esta fase poderia ser chamada, também, de sociedade da alienação. (GREGORI, 2010, p. 47)

Ao tratar a sociedade de consumo (hiperconsumo) em sua terceira fase, como uma sociedade alienada, a Autora também repete a nomenclatura utilizada por LIPOVETSKY, mas aponta para uma nova

fase do consumo de massas. Acreditando no surgimento de um novo tipo de consumidor, GREGORI vislumbra, em oposição ao tipo de consumidor da fase III, um consumo mais responsável, fato diretamente vinculado aos limites estabelecidos pelo próprio meio ambiente.

A produção de lixo e os limites ambientais de exploração da natureza estariam criando um consumidor do século XXI mais responsável, numa fase em que o consumo de bens materiais e o desperdício poderiam ser limitados ou, ao menos, diminuídos.

Verifica-se, a partir do século XXI, uma nova fase da sociedade de consumo; começam a surgir tanto consumidores como fornecedores mais responsáveis, isto é, conscientes e seletivos em relação aos seus direitos e deveres. O consumidor está mais exigente em relação aos seus direitos, pouco influenciável, infiel às marcas, mais responsável em relação ao meio ambiente e ao comportamento social das empresas, consciente de seus gastos. Com a adoção de novas tecnologias digitais como internet e celular, aparece um consumidor digital, multicanal e global. (GREGORI, 2010, p. 247)

Apesar de indicar uma “luz no fim do túnel” para o consumismo desenfreado típico da sociedade do hiperconsumidor, os indicadores relacionados para os próximos anos, especialmente nos países em desenvolvimento, ainda indicam o crescimento de um consumo voltado para a criação de necessidades songadas nesses países.

Assim, enquanto os consumidores dos países centrais serão bombardeados por novos produtos, de tecnologia mais avançada e que, potencialmente, são menos nocivos ao meio ambiente, há uma quantidade gigantesca de “novos consumidores”, nos países subdesenvolvidos ou nem grande parte dos países em desenvolvimento³⁷ que ainda devem experimentar as fases anteriores do mercado de massas.

³⁷ Não há critério único para a classificação dos países. Organismos como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estabelecem classificações que incluem índices econômicos (como o Produto Interno Bruto-PIB e a renda *per capita*) e/ou sociais (como o Índice de Desenvolvimento Humano-IDH). De qualquer forma, há um certo consenso em utilizar as expressões países desenvolvidos (ricos), em desenvolvimento (Brasil, por exemplo) e os subdesenvolvidos.

Apenas para exemplificar, uma empresa de consultoria americana apresentou relatório³⁸ sobre as tendências de crescimento mundial e estima que até 2020 haverá a incorporação ao mercado de consumo de pelo menos um bilhão de “novos consumidores”, ainda que sejam consumidores com menor renda do que a das classes médias dos países desenvolvidos, esse contingente será capaz de contribuir com cerca de 10 (dez) trilhões de dólares para a economia mundial. O mesmo relatório indica que o consumo das classes mais ricas dos países desenvolvidos, no mesmo período, irá contribuir com cerca de 5 (cinco) trilhões de dólares para a economia mundial.

Logo, o consumo desenfreado, sem muito (ou seria qualquer) compromisso com os limites indicados como de “consumo responsável” parece ainda estar longe de acabar. E de todas as oito grandes tendências de crescimento até 2020, apontados pelo referido relatório, a que irá produzir maior riqueza é exatamente o incremento no número de pessoas com acesso ao mercado de consumo, e de forma significativa nos países em desenvolvimento (ou emergentes) ou mesmo subdesenvolvidos, especialmente na Ásia.

Aliás, sobre o relatório elaborado pela BAIN & COMPANY, Inc é emblemático destacar suas conclusões relacionadas ao incremento no número de consumidores nos próximos anos:

A China, seguida pela Índia e por outras economias asiáticas emergentes, está criando uma vasta população de consumidores, cujo crescimento continuará na próxima década.

Esses consumidores ultrapassarão o nível de renda familiar de cinco mil dólares anuais. Alguns chegarão a fazer parte da “classe média global” e comprarão ainda mais.

Ainda assim, essa classe média será consideravelmente mais pobre do que a classe média atual das economias desenvolvidas. Na China, por exemplo, a renda máxima atingirá cerca de 18 mil dólares por ano, aproximando-se mais de uma Polônia gigante do que de um Estados Unidos. Como resultado, as economias desenvolvidas ainda serão responsáveis por 40% do crescimento do poder de consumo (2016, p. 11)

E considerando o crescimento contínuo de consumidores, ainda que em determinadas áreas, os riscos inerentes à sociedade de

³⁸ http://www.bain.com/offices/saopaulo/pt/Images/The_great_eight_POR.PDF. Acesso em 20 de agosto de 2016.

consumidores permanecem presentes. Sobre o assunto, AFONSO destaca, na esteira de BECK, que a sociedade contemporânea deve repensar seu estilo de vida, especialmente diante de acidentes de proporções calamitosas e que põem em risco a própria sobrevivência das pessoas (a existência da bomba atômica e os acidentes nucleares já vistos são exemplos dos riscos da sociedade contemporânea).

E se na sociedade industrial (sólida) a produção de riscos era, de alguma forma, controlável, a sociedade contemporânea passa a produzir riscos incalculáveis e que atingem todas as pessoas, não mais localizadas em uma determinada comunidade ou espaço social ou geográfico definidos.

E também por isso, é necessário que a interpretação das relações de consumo previstas no ordenamento jurídico seja adequada aos tempos atuais, diferentes da lógica que influenciou e desenvolveu a aquisição de produtos da fase sólida (e primeira) da modernidade (industrialização). A velocidade e o papel central do consumo na sociedade contemporânea são dados que levam a um novo sistema de interpretação das relações jurídicas consumeristas.

Especialmente considerando que as normas de direito do consumidor devem ser interpretadas em larga escala, já que o consumo de massas não mais permite a interpretação localizada, que atingiria apenas uma ou poucas pessoas. O fenômeno da globalização da produção e do próprio escoamento dos produtos e serviços é uma face já conhecida da sociedade de consumidores.

Se a globalização pode ser entendida como uma espécie de mundialização dos mercados, o crescimento das empresas transnacionais (ou multinacionais), da difusão de bens culturais de massa (TOURAINÉ, 2007) ou mesmo como uma fase em que os negócios escapam do mercado doméstico e protegido pelos poderes econômico, miliar e cultural dos Estados-nação, e que levava em consideração a soberania política (BAUMAN, 2011), é razoável imaginar que os mercados de consumo estão interligados, ainda que em estágios de desenvolvimento bem diferentes.

E a adequação dos consumidores de países emergentes às exigências de consumo divulgadas em todos os países parece ser uma questão ainda não debatida suficientemente e de forma adequada. No caso específico brasileiro, o país experimenta uma recessão econômica nos últimos dois anos que atinge diretamente o nível de consumo e grau de endividamento de parcelas importantes da população brasileira.

O fato de que o grau de endividamento das pessoas aumenta nos períodos de crise econômica não é novidade. Entretanto, o alcance dos

contatos de consumo, em especial dos contratos de crédito, em uma sociedade como a descrita neste capítulo, que parece continuar em expansão, deve ser analisada com responsabilidade, levando sempre em consideração que a interpretação dada ao ordenamento jurídico neste ponto em especial atinge, obrigatoriamente, um número bastante considerável de consumidores.

E a impossibilidade de adequar-se a uma sociedade em que o consumo é um ponto fundamental pode representar uma marginalização indesejável de parcelas da população. Como interpretar o ordenamento jurídico nacional nos casos em que o consumismo (por conceito exagerado) causa problemas para a própria manutenção dos consumidores, é o debate que se pretende desenvolver neste trabalho.

E um conceito fundamental nesta análise é exatamente o desenvolvimento de um conceito-chave na própria modernidade jurídica: a autonomia privada em uma sociedade de consumidores (ou uma sociedade do hiperconsumo).

3.2 A AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DE CONSUMIDORES: AS NOVAS “NECESSIDADES”.

Um dos elementos fundamentais para a construção de um conceito de direito moderno é exatamente o conceito de autonomia da vontade e/ou autonomia privada. Afinal, as escolhas pessoais e não o arbítrio do estado é que foram fundamentais para a caracterização da modernidade.

O princípio da autonomia da vontade tem em KANT (2009), e na sua Fundamentação da Metafísica dos Costumes, sua fonte mais conhecida. O filósofo entendia a autonomia da vontade como um conceito de caráter subjetivo, individual. A autonomia da vontade estava vinculada a um imperativo categórico de que a opção pela realização do ato não traria qualquer interesse ou obrigação, apenas estaria de acordo com a própria vontade. Assim, em um primeiro momento, a autonomia da vontade aparece como um princípio em que a pessoa estaria vinculada apenas a sua vontade e não um dever externo, heterônomo (heteronomia em oposição à autonomia).

Nas próprias palavras de KANT, conceituando o princípio da autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade:

A autonomia da vontade é a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma (independente de toda qualidade dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de

sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer. Que essa regra prática seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, não pode ser provado por mera análise dos conceitos que nele ocorrem, porque se trata de uma proposição sintética; teríamos de ir além do conhecimento dos objetos e para uma crítica do sujeito [...] (2009, p. 285)

Assim o termo autonomia tem um significado específico no conceito kantiano, como um dado sentido de interno e também superior. Além disso, significa o princípio moral por excelência, o único que realmente poderia ser legitimado como bom, correto. Neste sentido, o agir de acordo com uma lei (heteronomia), porque é preciso, não teria o mesmo valor moral³⁹.

A autonomia da vontade foi um princípio naturalmente valorizado diante das revoluções burguesas (ou modernas) do século XVIII. Afinal, se o ideário moderno tinha tornado todos os homens livres e iguais, nada mais natural que sua vontade pudesse também estabelecer normas jurídicas, sem a exigência de leis externas (autoritárias, já que associadas ao antigo regime) estabelecendo seu conteúdo.

Assim, o contrato (negócio jurídico) surge como uma modalidade de norma jurídica (entre as partes) que decorre da própria liberdade humana em fazer acordos mútuos. É um ato de liberdade, que se torna um princípio que justifica a existência dos próprios estados modernos, já que o ordenamento jurídico teria sido, pelo menos do ponto de vista teórico, justificado pela aceitação da limitação de liberdade por seus membros, naturalmente livres⁴⁰.

³⁹ Sobre a heteronomia, KANT esclarece: “Não é a vontade ela mesma que se dá, então, a lei, mas é o objeto que dá a lei à vontade por sua relação com esta. Essa relação, quer se baseie na inclinação, quer em representações da razão, faz com que só sejam possíveis imperativos hipotéticos: devo fazer algo, *porque quero alguma coisa*. Ao contrário, o imperativo moral, logo categórico, diz: devo agir de qualquer modo, mesmo que eu não queira uma outra coisa. Por exemplo, aquele diz: não devo mentir se quero ter uma boa reputação; este, porém: não devo mentir, ainda que isso não me acarrete a menor desonra”. (2009, p. 289)

⁴⁰ Ainda é importante destacar, dentro da construção do conceito da autonomia da vontade na modernidade, o impacto das denominadas teorias contratualistas que influenciaram a gênese dos estados modernos, com a liberdade sendo um elemento fundamental para sua justificação.

É facilmente perceptível a formação do conceito de autonomia da vontade dentro do ideário liberal do início da modernidade. A necessidade de adequar os novos institutos jurídicos ao novo mundo que se iniciava foi determinante para a ideia de liberdade formal utilizada pelos revolucionários da época para alavancar apoios e para justificar a queda do antigo regime. A associação entre o conceito de autonomia privada e o liberalismo é destacada por AMARAL NETO (1989) para quem a autonomia é verdadeiro “produto e instrumento” de um processo político e econômico baseado na liberdade e igualdade formal, com positivação jurídica dos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Em outras palavras, do próprio liberalismo.

No mesmo sentido do conceito de AMARAL NETO é o indicado por PERLINGIERI quando, apesar de reconhecer a dificuldades de definição do termo, especialmente por estar vinculada ao ordenamento jurídico em análise, conceitua autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos (PERLINGIERI, 2002, p. 17). O Autor também não deixa de indicar que o conceito praticamente não foi realizado historicamente com a amplitude que se poderia imaginar, mas que, apesar disso, influenciou fortemente o próprio valor da liberdade individual no discurso jurídico moderno.

As origens da concepção moderna (tradicional) dos contratos são indicadas por MARQUES (2011), citando historiadores franceses e alemães, em basicamente quatro vertentes: o direito canônico (que superou o formalismo exagerado dos romanos e confirmou que a palavra dada por uma pessoa criava uma obrigação moral e jurídica); a teoria do direito natural (que utilizou o conceito kantiano de autonomia da vontade, como um direito natural de todas as pessoas); nas teorias de ordem política da Revolução Francesa (nas teorias do contrato social); e nas teorias econômicas do liberalismo (com a liberdade contratual servindo tanto para instrumentalizar a livre circulação de riquezas na sociedade quanto para indicar o valor de mercado de cada objeto).

Para o direito, entretanto, os limites do conceito são mais contidos. Autonomia da vontade significa que o acordo de vontades, entre livres e iguais, é suficiente para merecer a proteção do ordenamento jurídico. Em suma, o contrato (acordo) entre as partes, merece proteção jurídica. E essa proteção jurídica é exatamente é respeitar a possibilidade de que os indivíduos estruturarem suas próprias relações jurídicas, seu conteúdo e forma, partindo de um pressuposto de que a autonomia representaria, neste sentido, uma consequência lógica da igualdade e liberdade existente

entre as partes no momento de contratar. Uma teórica autonomia, liberdade e igualdade que deixa de considerar a real situação econômica das partes contratantes (MARQUES, 2011).

Já AMARAL NETO indica que o princípio da autonomia tem como um dos pressupostos a liberdade individual, que poderia ser entendida, sob o ponto de vista jurídico, como o poder de “fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito, todo o ato não ordenado nem proibido por lei e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos” (1989, p. 216).

A autonomia da vontade, e seu individualismo típico do início da modernidade, sofre com a aplicação do seu conceito especialmente no século XIX. Se o estado moderno serviria, em grande parte, apenas para chancelar a vontade de pessoas livres e iguais, as lutas operárias serviram para questionar a própria igualdade entre as partes, já que, embora existissem idealmente, os contratantes, especialmente nas fábricas do mundo industrializado, não eram iguais. Ao contrário, havia uma enorme desigualdade entre eles.

As lutas, cada vez mais frequentes, entre os industriais e o nascente proletariado, passaram a exigir uma alteração no tratamento dado a alguns contratos. O estado, que antes apenas legitimava o que era livremente pactuado entre as partes, agora passa a intervir para minimizar os efeitos da desigualdade latente entre os contratantes e, com isso, minimizar a enorme desigualdade material existente entre os contratantes e as revoltas populares da época.

Não é à toa que as Internacionais Socialistas passam a organizar os trabalhadores na Europa e a doutrina socialista encontra eco na modernidade. A intervenção estatal para minimizar as desigualdades era uma necessidade. Agora, a autonomia da vontade passa a ser vista com algumas ressalvas. Afinal, as diferenças de poder entre os detentores de capital e os que vendiam sua força de trabalho, aqui utilizando termos conhecidos da teoria marxista, eram gritantes e não estavam mais sendo suportadas.

A intervenção do estado nas relações contratuais, ou o início da doutrina social do contrato, é iniciada pelo que hoje se conhece como direito do trabalho (mas que na época nada mais era do que o antigo direito civil), exatamente considerando uma desigualdade real entre as pessoas em oposição à igualdade formal do discurso liberal moderno.

A intervenção do estado na autonomia da vontade, ou pelo menos em sua possibilidade de livremente estabelecer consequências (efeitos) jurídicos, acabou por criar um novo conceito que, embora não seja

unânime, é utilizado para identificar e justificar o atual estágio da liberdade de contratar: a autonomia privada⁴¹.

No geral, a autonomia da vontade diz respeito a possibilidade de as pessoas estabelecerem relações jurídicas com outras pessoas por meio de um acordo de vontades, fundadas na autonomia (independência) de cada uma e em que as obrigações decorrentes deste acordo seriam por elas mesmas definidas. As relações não seriam, portanto, obrigatórias e as pessoas estariam exercendo sua plena liberdade (alcançada com a modernidade) para satisfazer suas próprias necessidades.

A lógica da autonomia privada é a de que a lei, representação jurídica do estado, estabeleça limites para a atuação da livre e independente vontade das pessoas de estabelecerem relações jurídicas visando interesses próprios (particulares). Em outras palavras, a autonomia privada representa uma possibilidade, prevista pelo próprio ordenamento, de autorregulação, de estabelecer norma jurídica específica para o caso (acordo) também específico.

Ao tratar sobre as atuais condições de contratar, pode-se utilizar a expressão autonomia privada para designar uma liberdade já temperada pelo paradigma social dos contratos, iniciada já no século XIX. Ainda assim, os limites estabelecidos pela legislação eram raros e a vontade dos contratantes não conhecia muitos obstáculos, que somente foram desenvolvidos com o paradigma social já referido.

Apesar disso, no direito privado, prevaleceu a ideia de construção de uma nova ordem por meio das grandes codificações do início do século XIX. O que poderia parecer uma contradição, já que o liberalismo era predominante, passa a ser um sinônimo de segurança, absolutamente essencial para a fase da modernidade sólida.

Vários países da Europa experimentam o surgimento de um Código Civil para regular, ou pelo menos estabelecer limites, à vontade

⁴¹ A distinção entre os conceitos de “autonomia da vontade” e “autonomia privada” (ou mesmo “autonomia privada da vontade”) não é unânime. Este trabalho adota a distinção que pode ser resumida por AMARAL NETO (1989): “Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. [...] A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a autorregulamentação de sua atividade jurídica”.

humana. Era a expressão máxima da racionalização jurídica da modernidade. Um Código que era revolucionário, já que resultado direto das mudanças experimentadas há pouco tempo com as revoluções burguesas (em especial a Revolução francesa, de 1789). Era a ideia do jusracionalismo preponderando sobre o poder do misticismo da Idade Média, que vinculava o direito à vontade divina, em uma sociedade basicamente agrária e sem que fossem ainda conhecidos os estados nacionais, quase que uma decorrência “natural” (para usar uma expressão conhecida da época) do próprio iluminismo.

A ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda de codificações modernas. Apesar do carácter muito facetado das circunstâncias do seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. [...]; eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. O pressuposto interno mais geral deste empreendimento é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. (WIEACKER, 1993, p. 366)

Embora a autonomia privada fosse a grande ideia da modernidade sólida, pelo menos do ponto de vista jurídica, os códigos (especialmente o civil) serviram para dar uma ideia geral de planificação, de previsibilidade ao sistema jurídico que, à época, convivía com as transições políticas e econômicas. Os códigos, portanto, eram revolucionários e representavam um instrumento de luta contra as antigas tradições (do Antigo Regime monárquico, especialmente na França), a vitória da soberania popular sobre a autoridade monárquica que, por meio da lei, passava a estabelecer suas próprias regras, agora claramente definidas. E o principal código civil da época não poderia, pelas circunstâncias históricas, ser de outro país que não a França pós-revolucionária:

Também o grande código civil da França nasceu da crença jusracionalista na lei. No entanto, sua estrutura interna e a sua imagem do direito foram sobretudo promovidas pela revolução e pelo brilho da grandeza napoleônica. A codificação francesa já

não constitui um resultado do absolutismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a própria obra de uma nação revolucionária e, mais tarde, do seu grande tribuno, o primeiro cônsul Bonaparte. A emoção da soberania popular agora recém-reconquistada e a participação do *citoyen* também influenciam decisivamente a sua expressão espiritual (WIEACKER, 1993, p. 386)

Apesar do processo de codificação ter atingido alguns estados em formação no final do século XVIII (Prússia e Áustria), foi no século XIX que alcançou boa parte da Europa e também da América Latina⁴². Ainda assim, não houve alteração do sentido da autonomia da vontade e sua imensa possibilidade de estabelecer consequências jurídicas sem que o ordenamento indicasse seu conteúdo. Os códigos serviram no geral para indicar limites para os negócios jurídicos sem, entretanto, tentar estabelecer conteúdo. Para FACCHINI NETO (2003), os códigos (mais especificamente os códigos civis) deste período caracterizavam-se por estarem centrados do direito de propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, que tinha (ainda tem, em alguns casos) caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico e na liberdade e autonomia contratual. A igualdade era meramente formal, típica deste período. Logo, as normas estatais protetoras do indivíduo tinham como objetivo exclusivo assegurar seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado.

A mudança do conceito tradicional de contrato, com uma intervenção maior do estado nas relações privadas (ou particulares) é resultado direto da mudança do próprio modelo de estado, de um estado marcadamente liberal para um estado com pretensões de distribuição de justiça social.

Se no início da construção do conceito de autonomia da vontade (ou mesmo da autonomia privada) prevalecia a ideia liberal (moderna) que privilegiava o individualismo e afastamento do estado (que precisava

42 O movimento de codificação civil foi intenso na América Latina do século XIX: Bolívia (1845), Peru (1852), Chile (1857), Uruguai (1868), Argentina (1869) e México (1871), apenas para citar alguns, elaboraram seus códigos neste período. No Brasil, por conta das peculiaridades de nosso regime imperial e escravocrata do século XIX, somente elaborou seu primeiro código civil em 1916 (Lei nº 3.071/1916, hoje conhecido como Código Beviláqua, em referência ao autor do projeto que deu origem à lei – Clóvis Beviláqua). Sobre as tentativas e as dificuldades de aprovação do código civil no Brasil imperial ver entre outros o livro Código Civil e Cidadania, (GRINBERG, 2008).

ser contido para garantir a liberdade das pessoas), o próprio conceito de autonomia vai sendo paulatinamente alterado. Se não o conceito em si, pelos menos seus contornos mais visíveis.

Este movimento, que vai gerar o que alguns definem como dirigismo contratual, somente foi notado a partir do desenvolvimento do próprio conceito de estado social (ou de estado de bem-estar social), que pressupõe uma maior intervenção estatal para uma maior promoção de direitos. O paradigma liberal não significava apenas uma autonomia da vontade no sentido individual, mas sobretudo uma liberdade de iniciativa privada. Assim, autonomia da vontade e livre gestão dos negócios estavam (e ainda estão) intimamente vinculadas. O principal era proteger o indivíduo (e também as empresas) do estado, normalmente identificado com um estado opressor (autoritário) do velho regime.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pode ser considerada um documento histórico e significativo dessa época que, embora indique a superação do antigo regime, não estabelece necessariamente, no entender de HOBBSAWM, as premissas para um mundo democrático e igualitário. Ao contrário, apesar de estabelecer a liberdade e a igualdade perante a lei como parâmetros, indica a possibilidade de diferenças naturais entre as pessoas e que o direito de participação de todos deve ser feito por meio de representantes, formando uma assembleia não necessariamente eleita por todos.

Assim, a igualdade material de todos não foi uma preocupação do início da modernidade, a maior preocupação era a defesa da autonomia das pessoas (e de suas iniciativas) de um poder autoritário. Nas palavras de BONAVIDES, “consubstanciava-se numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação dos poderes [...] e a declaração de direitos”. (2006, p. 36)

Era necessário a constituição de um estado que respeitasse essas premissas, bem como evitasse o poder absoluto (com a separação do exercício do poder, por exemplo) e que evitasse, nesse sentido, um retorno ao estado anterior, assegurando a igualdade formal, a participação popular, a liberdade de religião e de expressão, a propriedade privada, a legalidade tributária e penal, entre outros direitos antes desconhecidos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi um manifesto contra a nobreza, contra uma sociedade hierarquizada por meio de privilégios nobiliárquicos, mas não é totalmente correto afirmar que a Declaração foi um libelo pela construção de uma sociedade democrática e igualitária. Nas palavras de HOBBSAWN (2006), a Declaração, ao mesmo tempo que trazia o enunciado de que todos “os

homens nascem livre e iguais perante a lei”, também fazia a previsão da existência de distinções sociais, embora de natureza diferente das distinções existentes no antigo regime. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Logo, o Autor conclui que, no geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) “não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários”. (HOBSBAWM, 2006, p. 91)

Assim, embora o advento do estado moderno, fundado no liberalismo econômico, tenha apresentado um avanço em relação ao absolutismo do antigo regime, em poucas décadas o modelo de plena autonomia e liberdade foi posto em dúvida, especialmente pela enorme quantidade de desempregados e miseráveis que ocupavam as grandes cidades industriais da época. Havia, no modelo liberal clássico, uma clara divisão entre os ramos de direito público (relações de subordinação) e de direito privado (relações de coordenação), entre o “estado” e a “sociedade civil” e essa separação, ainda que existente quase que de forma exclusiva no discurso liberal, impedia que questões particulares (individuais) pudessem ser objeto de intervenção do poder público (estado).

Era o modelo econômico que não admitia a intervenção estatal e que gerou inúmeras consequências, entre elas o livre desenvolvimento do sistema econômico capitalista, com a livre exploração da mão de obra daqueles que não eram proprietários e, portanto, dentro de um mercado livre, vendiam sua força de trabalho para sobreviver, na falta de algo mais valioso.

E a falta de intervenção, mesmo mediação, do estado nas relações jurídicas estabelecidas na modernidade sólida, por conta do ideário liberal, acabou se não causando, pelo menos não servindo para diminuir os enormes desequilíbrios existentes nas relações estabelecidas entre empregados e empregadores. Este desequilíbrio impunha uma situação difícil para os trabalhadores, muitas vezes uma situação realmente desesperadora.

Esta situação foi fértil para o surgimento das doutrinas socialistas, tanto os denominados socialistas utópicos (do final do século XVIII e século XIX), quanto a doutrina de Marx e Engels (no século XIX). O socialismo⁴³ buscava a superação da igualdade formal dos pioneiros da

⁴³ O socialismo também foi uma ideologia moderna. Assim como o liberalismo, nas palavras de ROUANET, “também o marxismo partia de uma concepção de uma natureza humana universal – a de um ser em metabolismo com a natureza,

modernidade e a construção de uma igualdade real ou material e foi um movimento que teve enorme repercussão, tanto na época como até nos dias atuais.

O impacto do ideário socialista na autonomia da vontade ainda hoje, em termos gerais, é facilmente explicado. Em uma sociedade materialmente desigual, na época formada por proprietários e não proprietários (detentores ou não de capital), os acordos estabelecidos entre ambos não poderiam ser interpretados como se estivessem sendo realizados entre pessoas iguais. Assim, os não proprietários (por conta das suas inúmeras necessidades não satisfeitas) passa a “concordar” com qualquer das disposições “apresentadas” pelos detentores de capital. Aquele que precisa comer e manter sua família tem poucas condições de exercer autonomamente sua vontade, embora o discurso da liberdade ainda existisse, pelas doutrinas socialistas, teriam que estar vinculada à realidade, afastando-se, pelo menos nesse ponto, da ideia de existiria liberdade apenas formal.

Para ROUANET, em relação à autonomia econômica, a doutrina socialista contribuiu com a transição de um conceito de autonomia como liberdade para um conceito de autonomia como segurança: “autônomo não é quem tem o direito abstrato de atuar como agente econômico mas quem tem o poder efetivo de obter pelo trabalho os bens necessários à própria sobrevivência (ROUANET, 1993, p. 31)

A injustiça das relações negociais é clara e as cidades passam a conviver com um número cada vez maior de pessoas que trabalham, mas não ganham o suficiente para prover suas necessidades mais básicas, para alcançar os “bens necessários à própria sobrevivência”. Assim, o modelo de autonomia da vontade (ou mesmo o de autonomia privada) passa ser criticado por várias correntes. Os socialistas utópicos, a doutrina social da Igreja e as teorias marxistas vão constituir um núcleo de resistência às consequências nefastas produzidas pelo liberalismo nos trabalhadores do século XIX.

O número de pobres presentes nas cidades explodiu e as convulsões sócias eram frequentes, ainda que muitas feitas de forma

que em todo e qualquer modo de produção produz e reproduz, pelo trabalho, suas condições materiais de existência. Mas num sentido menos antropológico, a unidade da espécie não era um dado, e sim uma conquista. Era a missão do proletariado, classe universal cujos interesses transcendiam todas as fronteiras nacionais. Sua missão era auto-abolir-se como classe e, nessa medida, abolir em geral a sociedade de classes, emancipando o gênero humano enquanto sujeito unitário da história”. (1993, p. 28)

desorganizada. O papel do estado apenas como um estado policial (intervenção apenas para restabelecer a ordem) parece não ser mais suficiente.

A questão social que eclodiu na segunda metade do século XIX colheu de surpresa a burguesia, impondo-se-lhe como o problema principal a que ele devia fazer frente e que ainda continua sendo o problema sem solução do Estado moderno. [...] Impôs-se a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. (GOZZI, 1997, p. 403)

É importante destacar que as primeiras intervenções do estado no processo de formação dos contratos deram-se no que hoje denomina-se de direito do trabalho. E não poderia ser diferente, se as relações jurídicas entre trabalhadores e patrões surgiram com a industrialização, nada mais previsível que as consequências oriundas dessas relações fossem as primeiras afetadas pelo mesmo processo de industrialização.

É a constatação de que as partes em um contrato não são necessariamente iguais ou, como pregava a doutrina liberal, não estão nas mesmas condições para exercer livremente e de forma autônoma sua vontade. É o início de uma ideia que acabou por gerar uma crescente intervenção do estado nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, todas no sentido de estabelecer um menor desequilíbrio entre as partes, reconhecendo, aqui pela primeira vez, a ideia de subordinação de uma parte em relação à outra. O surgimento de categorias próprias da industrialização (empregados e empregadores) foi fundamental para revisar o conceito de “vontade livre e autônoma”, tão importante na formação do estado moderno.

[...] no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. [...] Esse instante de hegemonia –

de generalização e massificação da relação e emprego no universo societário – somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América; somente se afirma, portanto, ao longo do século XIX. (DELGADO, 2009, p. 82)

O reconhecimento da óbvia subordinação do empregado aos ditames estabelecidos pelo empregador no direito do trabalho é fundamental para entender a nova lógica das relações jurídicas modernas e que irá impactar em outros tantos ramos do direito que experimentam uma relação de “natural” desequilíbrio entre os contratantes.

E não foi apenas o reconhecimento de que os contratantes estavam em condições de desigualdade, mas fundamentalmente o reconhecimento das graves consequências da não intervenção do estado no conteúdo dessas relações jurídicas. A miséria e exploração experimentadas pelos trabalhadores do início da industrialização eram severas. Assim, Inglaterra, Alemanha, Dinamarca, Bélgica e Suíça, entre outros países industrializados ou em processo de industrialização no século XIX passam a editar leis de proteção aos empregados. Em outras palavras, intervenções do estado no conteúdo das relações estabelecidas entre particulares livres, mas desiguais, materialmente desiguais.

Mais uma distinção (dicotomia) aprofundada pela teoria jurídica moderna⁴⁴ começa a apresentar problemas para explicar a realidade da época. Como dividir os direitos em públicos e privados se o estado passa a intervir em relações anteriormente classificadas como particulares? Se nas relações contratuais, o início da intervenção estatal deu-se no direito do trabalho, a lei também já avançava em questões antes entendidas como de pleno arbítrio individual, como a propriedade e mesmo a família.

Embora se possa estabelecer de forma distinta o início da intervenção do estado nas relações ditas inicialmente como privadas (entre elas a relação contratual de trabalho), é correto afirmar que a intervenção passa a ser uma característica dos estados nacionais (em maior ou menor grau) somente no século XXI, mais precisamente após a

⁴⁴ Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia *público v. privado* volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade). Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados. (FACCHINI NETO, 2003, p. 17)

Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do denominado Estado de Bem-Estar Social, o *Welfare State*.

Agora, o ambiente privado é de forma recorrente atingido por legislação estatal, que não apenas estabelece limites (como no início mesmo da modernidade) como também determina conteúdos. O início do estado de bem-estar social pode ser localizado nas constituições mexicana de 1917 e da República de Weimar⁴⁵ (na Alemanha), em 1919. Se no início da modernidade, sob o manto do liberalismo, as constituições serviam apenas para delimitar a forma de estado, de governo e reconhecer os direitos individuais, agora começa a incorporar matérias de todos os ramos do direito, servindo com um verdadeiro guia de desenvolvimento para os países, afetando diretamente não apenas as questões relacionadas ao seu papel originário (formas e regimes de governo), como também o próprio desenvolvimento econômico e social dos países.

São os direitos sociais, caracterizados pela necessidade de ação do estado (em oposição aos chamados direitos liberais, que partiam do pressuposto que seriam atingidos pela omissão do estado), que passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, com a ideia do estado de bem-estar social, e atingem duramente o núcleo dos contratos e, portanto, da própria autonomia da vontade. É o fenômeno conhecido como “publicização do direito privado” ou mesmo a “constitucionalização do direito civil”.

A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios da ordem pública*. [...] a proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a *publicização* do direito privado. (BARROSO, 2009, p. 58)

A incorporação dos direitos sociais nas cartas constitucionais procura estimular a ação estatal para a promoção de igualdade material, não apenas assegurar a igualdade formal entre as pessoas. Isso vai

⁴⁵ Surge o constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador, emblematicamente representado pela Constituição Mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919. Nos Estados Unidos, essa modificação do papel do Estado veio com o *New Deal*, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social. (BARROSO, 2009, p. 65)

implicar, de uma forma ou de outra, uma espécie de restrição da liberdade contratual das pessoas (empresas) em nome de um revisitado conceito de bem-estar geral.

Era natural que as novas demandas geradas por estes “novos direitos” exigissem maior atuação do estado. E é nesse contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, com todos os avanços tecnológicos já existentes, que para muitos surge o próprio direito do consumidor. Na década de 1950’, parte significativa dos países ocidentais já experimentava o que neste trabalho já foi designado como uma sociedade de massas.

A expansão do trabalho e a capacidade de produção (quase infinita) de bens era conhecida e mudou radicalmente a estrutura jurídica da modernidade sólida, aproximando-a de denominações distintas (modernidade líquida, pós-modernidade, modernidade tardia etc.) mas que convergem em determinados pontos. Um deles é a centralidade que o consumo, e não mais o trabalho, passou a desempenhar na análise dessas sociedades.

E da mesma forma, as necessidades⁴⁶ que levaram o homem moderno (da modernidade sólida) a contratar em condições de desigualdade nas relações de trabalho, passam também a existir quando se trata das relações de consumo. Afinal, como já dito anteriormente, a sociedade de consumo cria necessidades e, como tal, todos buscam sua satisfação. A partir do momento em que as necessidades dizem respeito a bens que podem ser consumidos, e não mais apenas alimentos, roupas, habitação (considerados como necessidades básicas), o velho princípio da autonomia da vontade em relação ao consumo, ou aos contratos de consumo, passa também a ser questionado.

É natural que as relações jurídicas nas sociedades de massa estejam vinculadas aos contratos estabelecidos unilateralmente, para atender a

⁴⁶ ARENDT, discorrendo sobre os domínios público e privado, vai vincular a necessidade a uma espécie de escravidão. Uma pessoa com necessidades não pode ser considerada uma pessoa realmente livre: “A pobreza força um homem livre a agir como um escravo” (2014, p. 65). Da mesma forma, ao tratar sobre o trabalho, explica que “nenhuma violência exercida pelo homem, exceto aquela empregada na tortura, pode se igualar à força natural com que a necessidade compele. Por essa razão os gregos derivavam sua palavra para tortura, *anagkai*, de necessidade, e não de *bia*, que era outro termo usado para a violência de um homem contra outro; e essa é também a razão do fato histórico de que, em toda a Antiguidade Ocidental, a tortura, ‘a necessidade que nenhum homem pode suportar’ só podia ser aplicada aos escravos, que, de qualquer forma, já estavam sujeitos à necessidade. (2014, p. 159).

milhares (ou mesmo milhões) de pessoas nas mesmas condições, ou pelo menos que irão adquirir o mesmo produto.

Este fenômeno de padronização de contratos, que já começa a aparecer ainda no século XIX, e que hoje são frequentes em vários setores negociais, apontam também para a necessidade de uma revisão do próprio conceito de autonomia privada, já que uma das partes contratantes (o trabalhador ou o consumidor) estão aparentemente em situação de desigualdade, sem sequer poder estabelecer as cláusulas de seus contratos (de trabalho ou de consumo).

E um dos pressupostos liberais clássicos para que o respeito à autonomia privada fosse guindado a um patamar de insuperável, como verdadeira defesa da pessoa em face da sempre indevida e perniciosa interferência estatal, era exatamente o exercício de liberdade que estave presente na manifestação contratual. Afinal, as partes contratantes eram livres para dispor sobre suas vontades e o contrato a expressão máxima dessa liberdade.

Entretanto, a sociedade de massa trouxe consigo a necessidade de predisposição de cláusulas ou das denominadas condições gerais dos contratos, assim como os contratos de adesão passaram a ser a regra, em virtude do volume de negócios realizados em todos o mundo. Nas palavras de MARQUES (2011), a padronização dos contratos é uma característica da modernidade, da industrialização moderna, que passou a adotar contrato de adesão, ou pelo menos a predisposição de cláusulas, desde o século XIX, em especial nos contratos de seguro e nos contratos de transporte. Esta forma de concluir contratos acaba por sedimentar uma superioridade (econômica ou técnica) entre os produtores e os outros contratantes, sejam os fornecedores, clientes ou mesmo os empregados (no caso dos contratos de trabalho).

Logo, não parece ser o caso de ignorar ou desconsiderar a liberdade de contratar e a autonomia da vontade (autonomia privada inclusive) como princípios ainda presentes na atual fase de desenvolvimento econômico dos países industrializados. Da mesma forma, não se pode imaginar que a forma de conclusão de contratos possa retroceder a uma época em que as partes poderiam livremente conversar e debater sobre as cláusulas contratuais. Não é esse o caso atual. Aliás, não é o caso há muito tempo, embora o discurso liberal clássico sobre a formação da vontade no momento da conclusão dos contratos ainda encontre eco nos dias atuais.

Entretanto, deixar de ponderar sobre a perda de autonomia real da pessoa ao contratar, especialmente do consumidor frente às grandes corporações, parece também não ser uma opção viável. Assim é que a

autonomia privada no atual contexto merece uma severa revisão, já que se deve incorporar a desigualdade entre as partes contratantes como uma característica inata da relação jurídica, especialmente em algumas relações jurídicas, como a dos consumidores e fornecedores, devendo uma intervenção (dirigismo contratual) ser vista não como uma negação da autonomia privada mas, ao contrário, como única forma de estabelecer padrões mínimo de igualdade material (e não apenas formal) ente as partes.

4 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Se o fenômeno do consumo abundante e veloz, ou o que alguns denominam de hiperconsumo, é marca da sociedade contemporânea, é inevitável analisar os instrumentos jurídicos que foram construídos para abordar tais relações.

É importante que se tenha claro que, embora se trate de fenômeno relativamente recente, a explosão do consumo, pela dimensão que atingiu, já encontra previsão normativa em vários ordenamentos nacionais, e no Brasil não é diferente. O mesmo movimento que constitucionalizou o direito do trabalho e o direito previdenciário como direitos sociais (fundamentais) também atingiu, por motivos análogos, o direito do consumidor.

Embora não se possa comparar com precisão os fenômenos (do trabalho e do consumo), é possível notar uma evolução normativa semelhante. Se o século XX foi pródigo na defesa das relações de trabalho, mais especificamente na proteção ao trabalhador, em sua manifestação da vontade, por considerá-lo mais fraco nas relações contratuais estabelecidas com os empregadores, já que suas necessidades são preponderantes na formação do vínculo jurídico (o que embora não elimine a esfera de liberdade tão característica do fenômeno moderno para a formação do contrato, ao menos restringe sua extensão), o século XXI parece estar direcionado, pelo menos em suas décadas iniciais, ao aprimoramento da proteção ao mais frágil nas relações de consumo (o próprio consumidor).

É importante, por isso, destacar aspectos relacionados ao tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito do consumidor, sua previsão constitucional e evolução, bem como apresentar um conceito que, neste trabalho, é tratado como um impasse ao estabelecimento de relações jurídicas livres e que compromete o mínimo existencial de alguns consumidores que é o superendividamento (ou sobreendividamento) e suas principais consequências.

4.1 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

As diversas evoluções (crises) apresentadas no conceito de contrato são importantes para que se entenda o surgimento de um ramo do direito que tem como principal objetivo proteger os consumidores. Se

antes da industrialização os contratos eram vistos como resultado de uma negociação direta entre as pessoas, que conseguiam (pelo menos em tese) ajustar suas vontades em virtude de um objeto específico, a industrialização tratou de alterar rapidamente essa visão.

A partir daí, houve o que se denomina de massificação das relações contratuais, tanto os contratos hoje conhecidos como contratos “de trabalho”, quanto os contratos hoje conhecidos como “de consumo”, já que o aumento no número de bens produzidos (fruto da revolução industrial) ainda não tinha parâmetros na história da humanidade.

Como resultado direto da massificação dos contratos, criou-se um sistema de produção e distribuição de produtos que inviabilizou por completo o antigo sistema contratual, que se baseava na confiança existente entre os contratantes, que não por acaso, regra geral, eram conhecidos. Pessoas que comercializavam bens para outras que moravam em lugares próximos, que conheciam suas famílias e história de vida. A industrialização trouxe como premissa a existência de contratos *standard*, em que as cláusulas eram as mesmas para os milhares (agora milhões) de pessoas que consumiam o mesmo produto. Mais ainda, não era mais possível conhecer o fabricante e a relação jurídica de confiança, antes vinculada ao outro contratante, passou a ser uma relação de confiança com o produto (marca) ofertado. Com isso, a antiga lógica de que as relações contratuais poderiam ser interpretadas como relações entre conhecidos e que as cláusulas desse mesmo contrato poderiam ser ajustadas entre as partes (premissa básica da formação dos contratos na era moderna), simplesmente deixou de existir.

É a partir desse momento que as pessoas que adquiriam produtos e serviços passam a ser chamadas de consumidores e os fabricantes e comerciantes de fornecedores. A instituição dessas categorias jurídicas é o passo inicial para o desenvolvimento de um ramo específico de proteção aos primeiros: o direito do consumidor.

A Era (Idade) Moderna, representada também pelo processo de industrialização, trouxe consigo a produção em massa, de bens em série e a produção desses bens (produtos) passou a ser organizada em cadeias para, não apenas sua fabricação, mas também sua distribuição (também de massa). Esse sistema, representado fortemente pelo “fordismo” e “taylorismo”⁴⁷, acabaram por quebrar a lógica de identificação do

⁴⁷ O fordismo (Henry Ford) e o taylorismo (Friederick Taylor) podem ser identificados como sistemas de produção de mercadorias do final do século XIX e início do século XX, em que a produção de massa foi inaugurada. O primeiro (fordismo), entre outras iniciativas, sistematizou o trabalho mecanizado via

produtor (fabricante), que nas palavras de MARQUES (2011) criou uma enorme distância física entre os fabricantes e os consumidores, justo com o aparecimento das denominadas cadeias de produção e distribuição e que, agora tanto produtores quanto distribuidores passam a ser chamados de fornecedores, denominação utilizada pela legislação consumerista (especialmente o CDC, no Brasil).

As características da sociedade de consumo não escaparam a uma crescente necessidade de regulação, pelo direito, desses contratos. É importante destacar que o pós-Segunda Guerra Mundial, da mesma maneira que passou a conviver com uma época de grande crescimento econômico dos países ditos desenvolvidos (especialmente na Europa), também passou a ser regulado por constituições dirigentes, naquilo que ficou conhecido como o *Welfare State* (Estado de Bem-estar social). Assim, é razoável entender que as primeiras manifestações pela regulamentação dessas relações jurídicas (de consumo) tenham surgido nessa época.

Já na década de 1970' (mais precisamente em 1975), a então Comunidade Econômica Europeia (CEE) passou a tratar do assunto com Resoluções que estabeleciam formas de proteção ao consumidor, especialmente pela necessidade de informação sobre os produtos e serviços ofertados e demonstravam um cuidado especial com o impacto da propaganda dos produtos nos consumidores⁴⁸.

Não é demais repetir que embora o fenômeno da explosão do consumo, como já indicado neste trabalho, tenha suas raízes em épocas mais remotas, a atenção dada ao fenômeno, ou pelo menos sua importância para caracterizar uma determinada época histórica, é um fenômeno que se inicia no século XX (o que alguns identificam, inclusive, com a superação do próprio conceito de modernidade).

Apesar de regulamentações específicas e pontuais em vários países, o direito do consumidor, para muitos, é reconhecido somente na década de 1960', a partir de um famoso discurso proferido pelo então Presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, em mensagem ao Congresso Norte-americano no início de 1962 (15/03/1962) em que,

esteira de montagem como uma técnica industrial e o segundo (taylorismo) estabeleceu "técnicas científicas" de organização do trabalho industrial. Em ambos, assim como no toyotismo, é possível identificar métodos de racionalização para o incremento da produção industrial (BATISTA, 2016)

⁴⁸ Não apenas na década de 1970', mas também outras Resoluções no início da década de 1980' versam sobre a proteção ao consumidor na Comunidade Econômica Europeia-CEE. Sobre o assunto, ver DE LUCCA (2003, p. 46 e ss.)

além de afirmar que todos éramos (somos) consumidores (*All of us are consumers*), admite a complexidade da vida moderna e a inadequação da legislação existente para abarcar o fenômeno e indica quatro direitos básicos dos consumidores americanos naquela época: o direito à segurança (*the right to safety*), o direito de ser informado (*the right to be informed*), o direito de escolher (*the right to choose*) e o direito de ser ouvido (*the right to be heard*)⁴⁹.

Para BENJAMIN (2012), o discurso de John F. Kennedy, em mensagem ao Congresso americano no início de 1962, em que o então presidente americano enumera alguns dos direitos dos consumidores, o fez como um novo desafio para o próprio “mercado” e representou o início de uma reflexão mais profunda que apenas alguns anos depois iria ocupar as diretrizes da Organização da Nações Unidas-ONU. A principal novidade no discurso presidencial americano foi o de considerar que “todos somos consumidores” e, com isso, caracterizar essas relações jurídicas de consumo ao mesmo tempo como um direito individual, mas também como um direito de um determinado grupo identificável (direito coletivo) ou não (direitos difusos). E todos com os mesmos direitos, que perpassam a questão individual e que já não poderia ser simplesmente identificado como de uma categoria ou grupo social específico.

Naquele momento, mais precisamente em março de 1962, inúmeras preocupações com a saúde da própria economia americana aparecem no discurso de seu presidente. E o equilíbrio dessa economia passaria também pelo entendimento sobre a necessidade de uma legislação protetiva ao direito dos consumidores. Até mesmo o custo financeiro dos financiamentos de veículos foi tratado no discurso, indicando uma abusividade das taxas praticadas pelas instituições financeiras e não adequadamente informadas aos consumidores.

Assim, a preocupação demonstrada não é necessariamente direcionada a alguns de forma específica. Já na época, fruto das transformações no próprio mercado de consumo com o surgimento da denominada sociedade do hiperconsumo, o problema não era de apenas alguns indivíduos. O mercado de massas fez com que problemas contratuais antes específicos de algumas pessoas (contratantes) passassem a ser um problema geral, com sérios impactos em toda a economia nacional, no caso atual inclusive global.

⁴⁹ A íntegra do discurso proferido pelo presidente norte-americano pode ser acessada em <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

Se isso já era uma preocupação dos países desenvolvidos na década de 1960', sua atualidade é ainda maior agora, num mundo multifacetado, rápido (efêmero?) e que a relação com os bens materiais (de consumo) é mais complexa que a experimentada durante toda a denominada "modernidade sólida". É suficiente imaginar que a tecnologia experimentada nos dias atuais era ainda desconhecida (ou pelo menos não encontrada facilmente) na década referida (1960'), quando a questão do consumidor entendido de forma global começou a ganhar corpo. E não apenas nos países desenvolvidos, já que o consumidor (e seus direitos) é uma figura típica das sociedades industrializadas, independentemente de seu maior ou menor grau de industrialização, o que atualmente gera impactos no mundo inteiro, mais ainda quando verdadeiras multidões de países em processo de industrialização passam a ingressar em um mercado de consumo, com o desenvolvimento desses países e a aquisição de poder de compra por parte de sua população⁵⁰.

Embora a legislação protetiva aos consumidores tenha sido elaborada em momentos distintos em cada país, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) não ficou indiferente ao fenômeno de escalada do consumo pelo mundo, reconhecendo um sujeito de direitos fragilizado nesta relação, já que a produção, agora, estava orientada exatamente para produzir desejos e necessidades em uma escala sem precedentes. A sociedade de consumo de massa trouxe desafios que não poderiam ser encarados apenas com os modelos individualistas do passado: uma solução para cada interessado. Agora, os contratos (e também os eventuais danos decorrentes das relações) são feitos em massa e atingem ao mesmo tempo milhares (muitas vezes milhões) de pessoas.

⁵⁰ O Brasil é um exemplo especial desse fenômeno, quando por meio do desenvolvimento econômico experimentado nos últimos anos inseriu milhões de pessoas no mercado de consumo, uma nova classe trabalhadora que passou a consumir bens e serviços de forma mais intensa e variada: a denominada "nova classe média" brasileira, que por critérios adotados pela extinta Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal, seria composta pelas pessoas que vivem em famílias com renda per capita entre R\$ 291,00 e R\$ 1019,00 (valores em reais, abril de 2012). Disponível em http://www.bcb.gov.br/secre/apres/Alessandra_Ninis_SAE_PR.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2016. Pelo mesmo estudo, resultado de um relatório de uma Comissão formada para a definição do conceito de classe média no Brasil, 53% da população brasileira (em 2012) estava enquadrada como classe média, o que somava mais de 100 milhões de pessoas.

A ONU estabeleceu diretrizes (em 1985, com a Resolução nº 39/248 – A/RES/39/248, de 16/04/1985⁵¹) para a construção de uma legislação em proteção ao consumidor, estabelecendo um marco no entendimento de que esse “ramo do direito” seria um direito de nova geração e que partiria de um princípio de desigualdade material entre seus componentes (fornecedor e consumidor), devendo, portanto, entender-se a necessidade de proteção do último, especialmente com a necessidade de atuação estatal (via legislação protetiva) para a proteção dos consumidores. Mais uma vez, estava cristalina a percepção de que a questão do consumo (e dos contratos de consumo) não era uma questão localizada. Se a própria Organização das Nações Unidas-ONU preocupava-se com o tema, as distorções nas relações de consumo deixaram de ser exclusividade dos países centrais (ou desenvolvidos) e passaram também a atormentar praticamente todos os países do mundo, agora globalizado e participante de um mercado global (ainda que com papéis diferentes, dependendo de seu grau de desenvolvimento, tamanho da população etc.).

A Organização das Nações Unidas, nos idos de 1985, consolidou esse pensamento da defesa do consumidor tendo, por premissa a necessidade de maior equilíbrio numa relação, que, desde o nascedouro, já se mostra desequilibrada. É nos direitos humanos que se busca a ideia dessa proteção, como direitos de terceira geração, assim definidos como aqueles pertencentes à coletividade indeterminada de pessoas. Consolidou-se a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são “experts”, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder (*Machtposition*). (AFONSO, 2011, p. 515)

E não foi apenas a conclusão de que os consumidores estariam (estão) em posição de desequilíbrio que as Diretrizes da ONU acabaram por consolidar. A própria definição do tipo de direito que estaria sendo

⁵¹ “The General Assembly, [...] decides to adopt the guidelines for consumer protection annexed to the presente resolution”. Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

desenvolvida foi importante não para influenciar nas características que seriam seguidas pelos ordenamentos jurídicos nacionais, como o brasileiro: um direito social e econômico, um direito fundamental de proteção afirmativa dos consumidores (dos fracos em relação aos fortes ou que estão em “posição de poder”).

E se os direitos fundamentais “liberais”⁵² estavam baseados na autonomia da vontade e na lógica de não intervenção do estado, o direito do consumidor surge em contexto diferente, mesmo que, da mesma forma, caracterizado como direito fundamental.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito do consumidor foi, ou mais especificamente a “defesa do consumidor” foi indicado no texto constitucional e 1988 como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, sob clara influência da doutrina protetiva surgida com a Resolução da ONU (de 1985):

CF, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A previsão da defesa do consumidor no artigo da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais (Direitos e deveres individuais e coletivos) não deixa dúvidas sobre sua inserção no rol de direitos fundamentais. Ainda que, na esteira de alguns Autores⁵³, se tratasse de norma constitucional de eficácia limitada, já que estaria na dependência de existência de lei ordinária para ser aplicada, tal característica foi plenamente satisfeita com a promulgação (e posterior

⁵² Nas palavras de CANOTILHO (1995, p. 504): Se as ideias contratuais de Hobbes desembocaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da autonomia privada, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a teoria liberal dos direitos fundamentais que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada.

⁵³ Sobre as classificações possíveis para as normas constitucionais levando em consideração sua eficácia e aplicabilidade, ver, entre outros, SARLET (2015, p. 162-186).

entrada em vigor) da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor⁵⁴.

A previsão constitucional da necessidade de defesa do consumidor não está presente apenas no artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, a defesa do consumidor também está prevista como um dos princípios orientadores da ordem econômica, de acordo com o artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor;

Logo, a inserção da defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988 não apenas pretendeu sua caracterização como um direito de defesa contra os eventuais arbítrios das forças produtivas em relação ao consumidor, como também caracterizá-la (a defesa do consumidor) como verdadeiro instrumento de ordem econômica, como defesa imprescindível para a construção de uma sociedade com justiça social e que assegure existência digna a todos.

E ainda que a liberdade de mercado, ou de “tráfico mercantil” (SILVA, 2006) seja um princípio reconhecido constitucionalmente, a intervenção estatal na defesa de uma categoria com “status constitucional de vulnerável” passa a ser obrigatória, assim como em outras relações contratuais. Agora, a propalada lei de oferta procura também seria impactada com a necessária intervenção para dar efetividade à proteção prevista.

Ainda que se fale em “movimento consumerista” como uma possibilidade dos consumidores, em conjunto, orientarem a produção (com preocupações de saúde e ambientais, por exemplo), o equilíbrio da relação ainda é muito distante, mais ainda diante de novos consumidores, encantados com o “novo mundo” do consumo e da satisfação instantânea (e fugaz) de suas novas necessidades (ou desejos).

Por isso, a proteção ao consumidor, que tem *status* constitucional (com a Constituição de 1988) é tão importante, não se tratando, portanto, de uma velha visão paternalista do papel do Estado em relação ao

⁵⁴ A necessidade de legislação que tratasse sobre a defesa do consumidor foi prevista, inclusive, no próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, em seu art. 48 (“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”).

cidadão-consumidor, mas de uma clara opção pela construção de uma sociedade com maior equilíbrio nas relações de consumo, o que, como já tratado, foi uma tendência normativa nos anos 1980⁷ e percebida pelo constituinte no caso brasileiro.

O Estado brasileiro, em harmonia com a tendência mundial de proteção dos consumidores, resolveu adotar a defesa do consumidor como princípio constitucional e como direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII, da CF/1988).

Ainda, o texto constitucional eleva a defesa do consumidor a princípio da ordem econômica, previsto no art. 170 da CF/1988, ao estabelecer que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, terá por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da defesa do consumidor. (AFONSO, 2011, p. 516)

Ao tratar a defesa dos consumidores desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro optou por tentar dar maior efetividade à previsão constitucional, exatamente pelas garantias estabelecidas para os direitos fundamentais. O Estado passa a ser obrigado a uma prestação no sentido de buscar essa proteção. Não se trata apenas de uma obrigação negativa do Estado (típica dos direitos individuais, ou direitos de liberdade), mas de verdadeira pretensão de atuação na defesa daqueles que estão em situação desfavorável na relação contratual de consumo.

Assim, para tornar efetiva a previsão constitucional de proteção ao consumidor, sobretudo com a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é possível impor restrições à autonomia da vontade das partes, desde que seja para garantir o mínimo existencial. Ainda mais quando tratamos de relação contratual já reconhecida pelo ordenamento jurídico como desequilibrada.

A previsão constitucional acaba por ser a responsável pela própria definição de direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro. É assim que BENJAMIN (2012) conceitua o direito do consumidor em sua relação direta com o texto constitucional, com um “tríplice mandamento constitucional”:

1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988) [...]

2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária ‘defesa’ do sujeito de direitos ‘consumidor’ (art. 170, da Constituição Federal de 1988) [...]

3) de sistematizar e ordenar essa tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação). Que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo. (2012, p. 31)

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia, pelo menos institucional, da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. E a promoção de um direito comprometido com os princípios de igualdade substantiva (material) e solidariedade. Não se trata da promoção de um direito meramente individual, mas de um sistema de defesa que tem no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) um grande, porém ainda incompleto, sistema normativo.

Para BENJAMIN (2012), a Constituição Federal de 1988 deve ser entendida como um centro irradiador e verdadeiro marco de reconstrução do direito privado brasileiro. Um direito privado mais social e com preocupação com a proteção aos vulneráveis nas relações contratuais. Um verdadeiro direito privado solidário. E, neste caso, a Constituição seria a garantia e mesmo o limite de um direito privado erigido sob seu sistema de valores e que inclui necessariamente a defesa do consumidor.

E a defesa do consumidor como um valor constitucional ganha contornos de um direito que, além dos denominados direitos sociais, não apenas busca uma promoção específico do estado. Na verdade, o valor intrínseco (solidariedade) e suas características (transindividuais) acabam por gerar debate inclusive sobre sua classificação (direito fundamental de terceira geração⁵⁵), adotando aqui e denominação de MARQUES (2012), como um “direito de nova geração”.

Assim, o direito do consumidor é o resultado de uma conjugação dos direitos civis (direitos fundamentais de liberdade) e dos direitos

⁵⁵ A classificação dos direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões” é utilizada para relacionar o surgimento histórico de determinados direitos fundamentais, bem como suas principais características. Neste sentido, os direitos de proteção ao consumidor, regra geral, são classificados como direitos de terceira geração. Usualmente, a “classificação” dos direitos fundamentais é tida como uma criação de Karel Vasak, que identificou as gerações de direitos fundamentais com o ideário da Revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade – estando os direitos de primeira geração vinculados ao tema *liberdade* (direitos civil e políticos), os de segunda geração ao tema *igualdade* (direitos sociais) e os de terceira geração ao tema *fraternidade* (direito ao desenvolvimento, paz e meio ambiente). (BONAVIDES, 2006)

sociais e econômicos característicos dos estados de bem-estar social (direitos fundamentais prestacionais) e, além disso, tem a característica de poder ser tratado tanto como um direito individual, quanto, por vezes, um direito coletivo ou mesmo um direito difuso, no sentido da definição do próprio Código de Defesa do Consumidor-CDC⁵⁶.

Em outras palavras, reúne aspectos relacionados aos direitos de liberdade e direitos sócias, com a possibilidade de distinguir-se dos últimos por conta de sua titularidade, que muitas vezes pode ser transindividual (ou metaindividual), acabando por transcender a dicotomia tão conhecida de direito privado (predominante nos denominados direitos de liberdade) e direito público (predominante nos denominados direitos sociais).

E o surgimento dos novos direitos (inclusive aí o direito do consumidor) é uma decorrência do desenvolvimento de relações que extrapolaram a titularidade conhecida dos sujeitos. Não era mais uma única pessoa atingida (direito individual), ou mesmo um grupo específico (direito coletivo), mas de pessoas não imediatamente identificadas, embora claramente atingidas.

BONAVIDES (2006) indica que tanto a fraternidade (o terceiro princípio do ideal revolucionário francês de 1789) quanto a solidariedade são fundamentos para este novo grupo de direitos, que surgem em um processo de universalização das relações jurídicas (ou pelo menos de seus efeitos), não mais adstritos a um único estado ou nação.

Sobre isso AFONSO encontra exatamente na proliferação de danos em grande escala o motivo para o surgimento dessa nova geração de direitos, uma superação dos paradigmas liberais e sociais das gerações passadas (primeira e segunda gerações). Nesse sentido, não seria

⁵⁶ O artigo 81 do CDC (Lei nº 8.078/1990) estabelece:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

exatamente o objeto do direito que seria um critério de distinção entre as dimensões dos direitos, mas basicamente seus titulares. Se os titulares são inúmeros e os direitos devem ser garantidos a todos, a própria lógica de proteção e de gozo desses direitos também é afetada.

Além disso, os eventuais danos resultantes da lesão a esses direitos também passaram para um outro nível. Danos ambientais, pobreza extrema, problemas com defensivos agrícolas, por exemplo, não podem mais ser resolvidos dentro do próprio conceito de Estado desenvolvido na era que os viu nascer, a chamada “modernidade sólida”. Assim, institutos tradicionalmente utilizados como paradigmas dentro do direito liberal (ou moderno) deixam de ser viáveis para explicar a complexidade dos fenômenos atuais. A própria distinção entre direito público e privado, tão cuidadosamente construída, perde sentido. A lógica da autonomia privada, consciente, livre, imaginada (ou pelo menos construída durante o iluminismo) também não é mais um parâmetro aceitável para as consequências de ofensas a direitos de tantos.

E ainda que se tenha em mente a ideia de direitos que extrapolam os antes bem definidos limites geográficos dos Estados nação, não é essa a característica que será desenvolvida neste trabalho. O direito do consumidor como um direito fundamental tem como uma de suas prerrogativas essenciais, assim como os outros direitos fundamentais (característica do próprio conceito de “fundamental”), a indisponibilidade. A proteção ao consumidor é uma diretriz insuperável do ordenamento jurídico brasileiro (ainda que não seja, por óbvio, exclusiva do país) e, como tal, deve ser analisada. Não se trata, portanto, de um princípio importante para adequar as relações comerciais, para dinamizar a livre iniciativa. É um princípio (proteção ao consumidor) que parte de um pressuposto absolutamente destacado nas sociedades de consumo atuais, indispensável, inclusive, para analisar as relações entre os países (nos mercados globais). Não pode, portanto, ser imaginado apenas como um detalhe na cadeia de produção, distribuição e consumo, mas como princípio fundante de qualquer ciclo econômico contemporâneo que, por sua natureza, leva em consideração a destinação final dos inúmeros bens produzidos.

Se a premissa que esse direito de nova geração existe por causa da constatação de que a sociedade do consumo e a massificação de condutas (e contratos) está correta, deve-se supor que a igualdade material (substancial) por ele defendida deve ser buscada sem tréguas. Assim, compreender a desigualdade material existente para buscar a prestação adequada pelo estado é essencial. Da mesma forma que o direito do trabalho no século XIX expôs a desigualdade da relação jurídica entre

empregadores e empregados, o direito do consumidor, desde o século XX, trata das desigualdades materiais entre consumidores e fornecedores. E para a análise desse fenômeno, é preciso tratar sobre um conceito presente em várias relações jurídicas e, com especial destaque, nas relações de consumo: a vulnerabilidade de uma das partes contratadas. Neste caso específico, a vulnerabilidade do consumidor.

4.2 A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: A ESPECIAL PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES

Inicialmente há de se reconhecer que em matéria de direito relacionado a contratos, o ideal revolucionário burguês ainda está presente em muitas manifestações da sociedade contemporânea. A ideia, já destacada neste trabalho, de que as pessoas são dotadas de razão e vontade e, por isso, podem livremente estabelecer relações jurídicas que melhor satisfazem suas necessidades, é um princípio de difícil superação e constantemente revisitado⁵⁷.

Logo, apontar um desequilíbrio material das relações jurídicas estabelecidas pressupõe adotar a ideia de desigualdade como um dado real e, desse modo, distanciar-se do discurso moderno de igualdade formal, já que reconhecer a desigualdade importa, sobretudo, em reconhecer a fraqueza (debilidade) de uma determinada pessoa ou grupo, ainda que tratando de uma relação jurídica, pelo menos *a priori*, livre.

Assim, o paradigma moderno rejeitaria a ideia de vulnerabilidade “(*vulnus, vulnerare*: aquele que pode ser ferido)”, ainda que, em certos momentos, tenha trabalhado com a ideia de incapacidade, tanto na questão relacionada à idade (ainda hoje presente no ordenamento jurídico, Código Civil brasileiro, em seus artigos 3º e 4º) como em razão do gênero e, no caso da escravidão, da raça. (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

E a evolução histórica do direito (dito) privado brasileiro permite uma análise que reconhece a mudança paulatina de seus paradigmas. De um direito reconhecidamente liberal no século XIX, com a elaboração do Código Comercial (de 1850) e do Código Beviláqua (elaborado em 1899 e que deu origem ao primeiro Código Civil brasileiro em 1916), o país experimentou as transformações do pós-Segunda Guerra Mundial e chega ao Código de Defesa do Consumidor (1990) e ao Código Civil (2002) em

⁵⁷ Basta constatar as teorias neoliberais que povoam não apenas os debates econômicos como também os jurídicos, com o retorno do debate sobre o estado mínimo. Sobre vários temas que perpassam sobre o neoliberalismo e suas implicações na manutenção de direitos, ver SADER; GENTILI, 1995.

outra situação. Se nas primeiras legislações que tratavam sobre os contratos, dava-se a primazia da liberdade, o paradigma das legislações em vigor parece ser exatamente a busca da igualdade, mais precisamente de uma igualdade material, diferente da indicada no discurso liberal de antes e também da solidariedade como um princípio importante das legislações pós Constituição federal de 1988, presente, inclusive, no Código Civil de 2002.

E o direito do consumidor está inserido nesse contexto de reconhecimento da desigualdade dos participantes da relação jurídica. O próprio texto constitucional (art. 7º, XXXII), ao tratar sobre a necessidade de proteção ao consumidor, deixa clara a opção do ordenamento jurídico nacional. O mesmo pode ser facilmente reconhecida na legislação infraconstitucional pertinente: o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

- I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor; [...]:

Ao reconhecer a “debilidade” do consumidor nestas relações jurídicas, os ordenamentos tentam equilibrar (ou tornar menos desequilibrada) uma relação que, *a priori*, seria uma típica relação contratual, ou seja, em que a “vontade das partes” (e sem a interferência do Estado) seriam capazes de trazer este equilíbrio. No velho jargão liberal, a livre concorrência e a autonomia da vontade seriam capazes de ajustar os preços nas melhores condições ao mercado de consumo: “menores preços e melhor qualidade dos produtos e serviços”.

Isto, de fato, nunca aconteceu. A concentração do poder econômico no mundo globalizado (com a formação de grandes oligopólios e mesmo monopólios em diversos setores), a velocidade da troca de informações, bem como a inserção de milhões de pessoas nessa “nova sociedade de consumo” (“novos consumidores”, portanto) acabou por gerar um desequilíbrio ainda mais visível. O consumidor no Brasil (mas não é diferente em vários lugares do mundo), pode ser identificado claramente, e não apenas por expressa previsão normativa, como

vulnerável na relação de consumo. E a importância dessa definição cresce quando se considera, como anteriormente referido neste trabalho, que “todos somos consumidores”.

Se a identificação de uma parte vulnerável na relação jurídica já foi objeto de segregação social (indígenas, mulheres casadas, por exemplo), a lógica de reconhecimento e proteção aos vulneráveis atualmente ganha outros contornos. A distinção serve, agora, para garantir a inclusão social, com o respeito às diferenças e a busca pela efetivação da igualdade material (o que pode ser identificado, nas relações contratuais, como instrumento de compensação, sem a antiga ideia paternalista⁵⁸ de vitimização desses vulneráveis). Não se trata, portanto, de um reconhecimento de incapacidade civil, como outrora as distinções operavam (e ainda operam, de acordo com os artigos 3º e 4º do Código Civil – Lei nº 10.406/2002) em relação a alguns grupos, mas de um reconhecimento de desequilíbrio, de um estado da pessoa no momento da realização de determinadas operações jurídicas, essenciais para o desenvolvimento pessoal e econômicos de todos, especificamente aqui as relações de consumo.

Para MARQUES; MIRAGEM (2014), tratando especificamente sobre o conceito de vulnerabilidade, esta seria realmente um estado da pessoa, um estado de risco ou de confronto excessivo identificado pelo ordenamento na relação jurídica. A situação tanto poderia ser permanente (como no caso de identificação dos próprios consumidores durante a relação de consumo) como mesmo provisória (como em alguns casos de desequilíbrio econômico pontual). Identificam também a vulnerabilidade tanto individualmente identificada, como também característica de uma categoria inteira e, em qualquer hipótese, enfraquece o sujeito de direitos, tornando a relação jurídica desequilibrada.

E esse estado de desequilíbrio, identificado na relação de consumo, existe pelo simples reconhecimento da impossibilidade real de o consumidor ter acesso completo ao objeto da relação jurídica. Entender o caráter da relação não significa ter pleno domínio sobre suas

⁵⁸ MARQUES e MIRAGEM (2014) tratam sobre como a ideia de uma proteção do estado a um determinado grupo de pessoas, especialmente na América Latina, acabou por resultar em interferência indevida na liberdade das pessoas, com um viés claramente autoritário. Logo, não é tarefa das mais óbvias buscar um tratamento diferenciado entre determinadas pessoas sem cair na lógica paternalista e autoritária do direito positivado (estatal). Ainda assim, não é possível (nem do ponto de vista filosófico nem do ponto de vista jurídico) desconsiderar a situação de desequilíbrio existentes nas relações de consumo.

características essenciais, cada vez mais específicas e complexas. E essa impossibilidade não parece ser superável, ao contrário, torna-se cada vez mais profunda com o desenvolvimento tecnológico e a velocidade das transformações a que os objetos (produtos, no caso específico do consumo) estão sujeitos. Se a produção do objeto é de total controle do fornecedor e, além disso, numa sociedade massas os contratos são padronizados, não permitindo qualquer interferência do consumidor na elaboração de suas cláusulas⁵⁹, o reconhecimento de fragilidade é uma decorrência do próprio conceito de isonomia, tão caro aos discursos liberais da modernidade em sua fase sólida.

E se a igualdade foi considerada na modernidade sólida como um dos pressupostos da superação do antigo regime (baseado em distinções de nascimento), a realidade encontrada após seu fim demonstrou que as relações continuaram desiguais, se não pela origem familiar das pessoas (nobres ou plebeus), pelo menos pela situação econômica de cada um (seja por origem, seja por desenvolvimento próprio), por sua origem nacional, por sua etnia, opção sexual, entre tantos outros fatores de desigualdade.

E a vulnerabilidade, da mesma forma que pode ser característica de inúmeros grupos sociais (crianças e adolescentes, idosos etc.), também pode ser dividida em inúmeros tipos. A classificação mais frequente na doutrina brasileira relacionada aos consumidores é a desenvolvida por MARQUES (2012), que vai apresentar os tipos de vulnerabilidade em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional.

Tratando do primeiro tipo de vulnerabilidade (a “vulnerabilidade técnica”), a Autora indica que nas relações de consumo, regra geral, o consumidor não tem conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo ou o serviço que está contratando. A evolução da tecnologia, neste caso específico, aparece como um obstáculo quase intransponível para boa parte da população, que contrata sem entender por completo (na verdade, muitas vezes entendendo quase nada) as características e qualidades dos produtos.

⁵⁹ É importante destacar que o reconhecimento de vulnerabilidade (desigualdade) das partes nas relações jurídicas não é uma exclusividade do direito do consumidor como também é reconhecida no próprio direito civil, no artigo 423 do Código civil brasileiro que estabelece tratamento diferenciado aos aderentes (aqueles que aderem a um contrato com as cláusulas já previamente elaboradas por uma das partes (Código Civil, art. 423. “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”).

A “vulnerabilidade jurídica” diz respeito a impossibilidade (ou pelo menos dificuldade) de compreender os termos dos contratos pactuados. É de conhecimento público que alguns contratos são complexos na sua estrutura jurídica, deixando quase que exclusivamente para profissionais da área sua compreensão.

Já a vulnerabilidade fática trata do desequilíbrio real entre as partes contratantes, seja por conta do poder econômico do fornecedor, ou mesmo por conta da essencialidade do serviço por este ofertado. A questão aqui é a sujeição do consumidor em uma relação jurídica. E se partimos do pressuposto que uma das partes está em situação de sujeição, deve-se estabelecer medidas de compensação para sua proteção e diminuição do desequilíbrio contratual (ou aumento do equilíbrio entre as partes).

O último caso de vulnerabilidade indicado é a informacional. A Autora sugere que este tipo poderia estar, em um primeiro momento, enquadrado como uma vulnerabilidade técnica. Entretanto, diante do fato de que as informações sobre os produtos e serviços estão cada vez mais valorizadas, além de mais complexas e mesmo extensas, a falta de informações pode ser caracterizada como um tipo específico de vulnerabilidade.

Independentemente do tipo (ou tipologia) de vulnerabilidade reconhecido, é fato que há um desequilíbrio na relação e, por conta disso, a proteção aos mais débeis (vulneráveis) deve ser aplicada. Se não há garantia que este desequilíbrio não interfira na relação contratual de consumo, a legislação consumerista acaba por presumir que tais diferenças (desigualdades) existem.

4.2.1 A vulnerabilidade agravada pela pobreza e analfabetismo

O conceito de vulnerabilidade surge como uma aplicação do princípio da igualdade, uma criação, portanto, da era sólida da modernidade. Não é outra a função do instituto da vulnerabilidade senão buscar a aplicação da igualdade material aos contratantes. Foi assim nas relações trabalhistas e, agora, nas relações de consumo.

E a vulnerabilidade prevista no CDC é um instituto que trata das notáveis diferenças entre consumidores e fornecedores nas relações jurídicas. Entretanto, levando em consideração ainda aspectos que caracterizam determinados grupos de consumidores é que a doutrina acabou por ampliar o conceito de vulnerabilidade para a construção do conceito de “hipervulnerabilidade”, agora, o critério distintivo não diz respeito ao natural desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, mas trata de desequilíbrios notados entre os próprios consumidores.

MARQUES; MIRAGEM (2014), em obra que trata sobre o tema da vulnerabilidade, explica que a diferença básica entre os conceitos (vulnerabilidade e hipervulnerabilidade) é que o primeiro decorre de presunção legal absoluta (*juris et de jure*), estabelecida pelo CDC, em seu artigo 4º, I. É, portanto, um conceito legal que decorre da própria relação contratual desequilibrada e independe de características específicas do consumidor envolvido. É, nas palavras dos Autores, uma espécie de vulnerabilidade geral.

Há, entretanto, vulnerabilidades que são agravadas por características dos próprios consumidores, que o próprio CDC já menciona em seu artigo 37, § 2º (crianças) e artigo 39, IV (fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social). Nesses últimos casos, a situação pessoal de um consumidor, ainda que temporária, estabelece a necessidade de uma proteção ainda mais contundente do que a prevista para os consumidores em geral: idade, dificuldades de discernimento, doenças, gestação, pessoas com deficiência física ou mental, analfabetismo e pobreza, entre outros, podem ser tranquilamente inseridos no conceito de hipervulneráveis, que foi reconhecido e mesmo uniformizado pelo Judiciário em suas decisões⁶⁰.

⁶⁰ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados

E no caso brasileiro, o reconhecimento a uma vulnerabilidade agravada por questões de idade e doenças (bem como algumas incapacidades, como no caso dos indígenas) está sendo paulatinamente consolidada. Entretanto, os outros fatores presentes no texto do CDC ainda precisam ser adequadamente aplicados, inclusive em relação ao superendividamento. Aqui há características que não são mais encontradas (ou são quase inexistentes) nos países desenvolvidos como o reconhecimento da existência de um déficit educacional significativo e que acarreta, e não poderia ser diferente, um déficit informacional bastante relevante no momento de estabelecer relações de consumo.

Apenas para ilustrar, o Brasil apresenta alguns índices que, embora estejam melhorando nos últimos anos por conta da implementação de políticas públicas de inclusão, ainda impactam de forma muito severa na caracterização do conceito de (hiper) vulnerabilidade no cenário brasileiro.

O país ainda apresentava, em 2014⁶¹, um índice de 8,3% de analfabetismo para pessoas com idade superior a 15 (quinze) anos e embora seja um grande avanço em relação aos 12,4% existentes em 2001, é um índice que compromete parte significativa da população brasileira no momento da formação dos negócios, de todos em geral e de forma especial nos contratos de consumo. Se uma das características fundamentais para se preservar a isonomia em uma relação contratual é o entendimento das condições (cláusulas) do contrato, especialmente no caso dos países periféricos, esse entendimento está claramente relativizado diante das dificuldades básicas de compreender cláusulas cada vez mais complexas sem sequer acesso básico à leitura em seu idioma nacional⁶².

pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido. (REsp 1329556/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 09/12/2014).

⁶¹ Disponível <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>. Acesso em 26 de agosto de 2016.

⁶² O analfabetismo alcança milhões de pessoas em todo o mundo, com a natural concentração de seus índices em países periféricos (subdesenvolvidos ou em desenvolvimento). Sobre os dados do analfabetismo mundial e suas características, ver Relatório UNESCO sobre educação para todos. Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/education-for-all/>. Acesso em 26 de agosto de 2016.

É importante ressaltar que o analfabetismo não é um caso de incapacidade civil. O reconhecimento da vulnerabilidade de determinados grupos (em maior ou menor grau) não importa em diminuição de sua capacidade civil (ou possibilidade de exercer pessoalmente seus direitos, nos termos retirados da própria legislação civil), mas impacta na forma como essas pessoas ou grupos devem ser tratadas considerando o princípio da igualdade material como uma referência. Além dos índices de analfabetismo (daqueles que não sabem ler e escrever), também é razoável supor, na análise da própria extensão do conceito de vulnerabilidade nas relações de consumo, que uma quantidade significativa de pessoas que sabem ler e escrever, mas não conseguem interpretar de forma adequada os textos lidos ou mesmo realizar operações básicas de cálculos aritméticos, o que em muitos contratos de consumo, especialmente nas operações de crédito, equivale a desconhecer o conteúdo do que está sendo contratado⁶³.

A hipervulnerabilidade, portanto, é um dado real. O discurso moderno da igualdade entre as pessoas, ainda que inicialmente elaborado dentro de uma lógica formal (igualdade perante a lei) e em oposição (combate) ao discurso de diferenciação pela origem da Idade Média (Absolutismo) não pode suplantar a realidade. Não há igualdade entre os consumidores e aqueles que desenvolvem os produtos e, regra geral, estabelecem unilateralmente as cláusulas contratuais, como também há diferenças entre os próprios consumidores. E se não há igualdade entre as partes, assim como no século XIX em relação aos contratos de trabalho, a intervenção do Estado, por meio da legislação protetiva, passa a ser uma opção considerável, talvez a única até hoje conhecida. O que usualmente é denominado de “dirigismo contratual” está, mais uma vez, no centro do debate sobre as relações de consumo.

Da mesma forma, não se pode ignorar que a pobreza, especialmente a pobreza extrema, traz mais um dado para ser considerado na avaliação da hipervulnerabilidade. A pobreza extrema impede,

⁶³ Para as estatísticas, o alfabetizado é aquele que é capaz de ler ou escrever um enunciado simples. Entretanto, a UNESCO sugeriu, na década de 1970 a adoção de um conceito que verifica a aptidão da pessoa em utilizar a leitura e escrita no seu contexto social e de usá-las para continuar aprendendo e se desenvolvendo. A falta desta aptidão foi conceituada como analfabetismo funcional. Desde a década de 1990 o IBGE passou a divulgar dados sobre o que se denomina de analfabetismo funcional, baseado no número de séries escolares concluídas) e o índice, embora decrescente, ainda era de 20,3% dos brasileiros acima de 15 anos, em 2009. Disponível em <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-analfabetismo&vcodigo=PD384>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

inclusive, que o próprio princípio da dignidade humana seja respeitado, como já referenciado neste trabalho. E tão importante quanto a impossibilidade de ler e escrever para caracterizar uma vulnerabilidade, é tratar com pessoas com necessidades básicas não satisfeitas. Os últimos, ainda que minimamente alfabetizados, têm sérios problemas de vulnerabilidade na contratação, seja na negociação de um contrato de trabalho, seja na simples aquisição de um bem durável, como uma geladeira ou televisão e na contratação de empréstimos, por exemplo.

As Autoras MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, em obra idealizada pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Defesa do Consumidor (2010), atestam que a diferença (ou assimetria) entre as partes contratantes diz respeito a inúmeros fatores e, de forma muito especial, diz respeito a informações e conhecimentos que potencializam a vulnerabilidade do consumidor, podendo conduzi-lo a escolhas sobre inúmeros produtos e serviços que podem afetar tanto o seu patrimônio, como até mesmo sua saúde, dignidade e segurança. Essa dita assimetria, portanto, é própria das relações de consumo. Mais ainda levando em consideração as dificuldades de alguns grupos ainda mais vulneráveis, ou hipervulneráveis, como preferem alguns Autores⁶⁴.

E esse é um dado que não pode ser ignorado e ambos (analfabetismo e pobreza, especialmente a pobreza extrema), além de terem clara relação (já que os analfabetos são encontrados, regra geral, nas classes sociais mais baixas do ponto de vista econômico) formam em conjunto, senão um novo tipo de vulnerabilidade, pelo menos um aprofundamento das vulnerabilidades já referidas neste trabalho, mais especificamente da denominada “vulnerabilidade fática”, assumindo especial importância o princípio da igualdade material (igualdade substancial) como próprio pressuposto da liberdade contratual em tempos de solidariedade social.

4.3 SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEITO E ESPÉCIES

⁶⁴ Ainda existem posições doutrinárias que indicam que o conceito de hipervulnerabilidade somente pode ser atribuído àqueles que têm expresso reconhecimento da Constituição federal de 1988, como os idosos, as crianças, os adolescentes e as pessoas com deficiência. Apesar disso, a previsão disposta no CDC autoriza que outros grupos sejam tratados da mesma forma, em especial aqueles que estão situação existencial de risco, como os doentes, os desempregados, os superendividados e os analfabetos (inclusive os analfabetos funcionais). Sobre o assunto, entre outros: MARQUES; MIRAGEM, 2014.

Além de toda a importância da questão da vulnerabilidade, especialmente a fática, do consumidor nas sociedades de hiperconsumo, há relações de consumo que devem ser analisadas com ainda maior atenção, em que a importância da busca por maior igualdade entre as partes (ou mesmo menor desigualdade, para ser mais preciso em relação ao termo) deve orientar a aplicação do ordenamento jurídico.

É que a necessidade de discernimento pleno das condições do produto (ou serviço) é ainda maior em determinadas relações de consumo, e isso acontece no caso específico das operações de crédito ao consumidor (nesse caso em especial as pessoas naturais ou físicas). A deferência a esse tipo de relação jurídica é necessária por conta de sua complexidade e importância no cenário econômico atual, em que representam um volume significativo de dinheiro envolvido.

E não apenas pelo volume de recursos, mas também pelas consequências que podem afetar diretamente as pessoas envolvidas, bem como pelo enorme desequilíbrio de poder econômico existente entre as partes (consumidores como tomadores de crédito e as instituições financeiras como fornecedores do crédito). Tudo isso exige uma postura mais “intervencionista” do sistema judicial, seja pela criação de regras específicas ainda não produzidas (legislação ou normatização infralegal em especial), seja pela atuação em decisões judiciais, com a aplicação das normas jurídicas existentes sem que se possa considerar, nem casos específicos, a aplicação direta das normas e princípios constitucionais como uma caracterização do denominado “ativismo judicial”⁶⁵, que em nada colabora para o desenvolvimento de um ordenamento jurídico democrático.

4.3.1 Conceito de superendividamento

O conceito de superendividamento pode ser resumido como a impossibilidade de uma pessoa pagar todas as suas dívidas, presentes e futuras. Embora o endividamento das pessoas (físicas ou naturais e jurídicas) seja uma questão absolutamente normal em uma sociedade de

⁶⁵ O ativismo judicial, que gera grande debate nos meios jurídicos nacionais (e não apenas no Brasil), sugere que as normas, especialmente as constitucionais) devem ser usadas de forma mais ampla, justificando sua aplicação numa utilização bastante discutível de princípios e, com isso, aumentando a possibilidade de o juiz “dizer o direito”. O denominado neoconstitucionalismo é uma teoria que justifica esse tipo de interpretação e aplicação da constituição. Sobre o neoconstitucionalismo ver, entre outros: CARBONELL, 2005.

consumo de massa, não ter condições de adimplir (cumprir) com as obrigações assumidas revela um problema que, dependendo de sua extensão, pode resultar em verdadeiras crises para o sistema econômico que agora, é importante lembrar, não opera em apenas um país ou localidade.

O conceito de superendividamento formulado por vários autores é cuidadoso, numa clara tentativa de diferenciar aqueles que têm dívidas em excesso por má-fé, contraídas de forma irresponsável, daqueles que, apesar dos cuidados que tiveram no momento da assunção de obrigações creditícias (ou quaisquer outras), acabaram sendo atingidos por circunstâncias específicas que resultaram na impossibilidade de pagamento (uma espécie de superendividado inocente ou de boa-fé).

Para COSTA (2002), o conceito de superendividamento construído no Brasil tem sua origem na legislação francesa⁶⁶ sobre o assunto, no *Code de la Consommation*⁶⁷, que tem uma seção específica para o tratamento de situações de superendividamento, inclusive com sua definição, como uma situação em que pessoas físicas de boa-fé ficam impossibilitadas de pagar o conjunto de suas dívidas não profissionais, vencidas e vincendas. A Autora vai mesmo dizer que a doutrina brasileira (e o Projeto de Lei nº 3.515/2015 que trata do assunto) utilizou como referência a legislação francesa até mesmo para denominação do instituto como “superendividamento”.

O mesmo conceito (com as mesmas características) é praticamente repetido por MARQUES (2011), quando define o superendividamento justamente pela impossibilidade de o devedor pessoa física, leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas de consumo. Ao vincular o conceito de superendividamento às pessoas físicas, às dívidas de consumo e à boa-fé, a Autora praticamente estabelece os contornos do conceito adotado pelo Projeto de Lei nº 3.515/2015⁶⁸, atualmente em tramitação na Câmara dos

⁶⁶ Sobre o tratamento da legislação francesa ao superendividamento, consultar PAISANT, 2002.

⁶⁷ Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁶⁸ O Projeto de Lei nº 3.515/2015 tem origem do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 283/2012, de autoria do Senador José Sarney e já aprovado no Senado Federal. O PL nº 283/2012 foi resultado do trabalho de uma Comissão de Juristas formada para elaborar projeto de atualização do CDC (Lei nº 8.078/1990), por conta dos 20 anos da sua entrada em vigor. A Comissão foi formada pelos juristas Antônio Herman Benjamin (presidente), Cláudia Lima Marques (relatora geral), Ada

Deputados e que altera o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/1990) para acrescentar um capítulo sobre a prevenção e o tratamento do superendividado (nos mesmos moldes da legislação francesa, o *Code de La Consommation*).

O Projeto de Lei nº 3.515/2015 apresenta o conceito e algumas características do superendividamento, bem como aspectos relacionados a sua prevenção e tratamento, acrescentando um artigo (54-A), com a seguinte redação:

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

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

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

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

Logo, do conceito que foi aprovado pelo Senado Federal tem-se as características que, a partir de então, balizam as definições doutrinárias que tratam do tema: o superendividado é uma pessoa natural e de boa-fé e as dívidas são apenas as de consumo (excluídas as dívidas tributárias e as de natureza alimentar como as pensões alimentícias) e o limite para o pagamento das dívidas é exatamente o denominado “mínimo existencial” ou a dimensão material do princípio da dignidade da pessoa humana, como já referido neste trabalho. Há, portanto, um limite para a situação financeira usualmente enfrentada pelo consumidor (endividamento) não seja caracterizado como um problema (de superendividamento).

De qualquer forma, as características do instituto na doutrina brasileira delimitam seu campo de sua aplicação, restringindo o número de superendividados àqueles que se enquadram em seu conceito e, ainda

que não atinja um grande número de pessoas ou de operações de crédito (pelos números apresentados em pesquisas sobre a inadimplência), continua sendo uma distorção grave, porque em uma sociedade marcada pelo consumo (sociedade de consumo ou hiperconsumo) a situação de superendividamento resulta também na impossibilidade de adquirir novos bens, ou mesmo na impossibilidade de continuar consumindo, especialmente com acesso ao crédito (inclusive para tentar resolver problemas com dívidas anteriores).

É razoável entender que essa situação de marginalização enfrentada pelos superendividados não é de sua exclusividade. As pessoas dos estratos socioeconômicos mais baixos (os pobres) também experimentam isso, quando, da mesma forma, são excluídos do mercado geral de consumo. Ainda assim, essa situação em uma sociedade de consumo é grave. Não se pode imaginar que as pessoas que simplesmente sobrevivem estejam socialmente integradas. Em uma organização social como a contemporânea, ser mantido afastado do consumo por questões financeiras (pobreza ou mesmo o superendividamento) é uma questão grave. BAUMAN (2008) vai inclusive indicar que a norma social quebrada pelos pobres de hoje não e que os rotula como “anormais” não diz mais respeito ao emprego (como na era da modernidade sólida). Agora, a falta de uma habitação adequada, cartões de crédito e perspectivas de melhoria é que servem para caracterizá-los. É uma questão que da competência ou aptidão de consumo e não de emprego. O mesmo Autor (BAUMAN, 2011) acaba definindo a pobreza como uma exclusão de um mercado de consumo, uma espécie de exclusão (marginalização) da própria sociedade de crédito e consumo.

Pode-se dizer mesmo que a caracterização de alguém como um superendividado (ou muito pobre) representa uma espécie de verdadeira “morte civil”, já que, em última análise, há uma exclusão do próprio mercado de consumo. Assim, a grande dificuldade no debate sobre a proteção (e tratamento) ao superendividado, não é simplesmente a constatação de sua impossibilidade de adimplir suas dívidas, mas de, garantindo o mínimo existencial (núcleo material da dignidade da pessoa humana), possibilitar que continuem no mercado e de consumo, sem, portanto, atingir sua liberdade de crédito de maneira paternalista e abusiva.

Se a questão fosse simplesmente excluir as pessoas superendividadas do mercado de consumo, os inúmeros cadastros de restrição de crédito e de informações aos lojistas (SPC, Serasa, CCF, Cadin etc.) poderiam ser uma solução, já que são ferramentas utilizadas para direcionar o crédito (e as compras) apenas para aqueles que

demonstram condição de adimplemento, especialmente a possibilidade de assumir obrigações para pagamento futuro. A questão, porém, é mais complexa. Como tratar, sem excluir do mercado de consumo, aqueles que já se encontram em uma situação grave? E mais ainda, mantendo essas pessoas em uma situação que, se não é confortável, não avance naquilo que o próprio texto constitucional reserva como o mínimo para manter sua existência.

Compreender as causas do endividamento exagerado, que acarreta o inadimplemento é uma questão complexa, que apresenta variáveis de difícil análise. Uma coisa, porém, pode-se afirmar, sem maiores dúvidas sobre sua correção. A sociedade de consumo (hiperconsumo) estimula as pessoas a um consumo desenfreado, bem maior do que sua capacidade econômica. E essa característica das sociedades contemporâneas não foi construída naturalmente, não surgiu de forma espontânea. Para o surgimento do consumidor do século XXI foi necessário romper com antigos modelos de comportamento. Para LIPOVETSKY (2015), foi necessário quebrar os paradigmas solidamente construídos durante o período industrial, desconstruir a lógica da poupança, da previsibilidade e da atenção ao futuro, depreciar a produção doméstica, enfim, foi necessário construir um novo modelo de vida, eliminando os antigos hábitos sociais, em especial, foi necessário eliminara culpa da vontade de gastar, ainda que não houvesse necessidade para tal.

A compreensão do fenômeno do consumismo é necessária para que se compreenda que muitos dos fenômenos nocivos desse consumo desenfreado são socialmente construídos. Não é, como muitos ainda acreditam, uma mera opção individual, deslocada do contexto geral e que, ao que parece, merece ser punida por ser desviante. Assim, a exclusão desse mercado de consumo funcionaria como pena, socialmente grave e, regra geral, injusta, por desconsiderar a construção social do consumo, dos estímulos, algumas vezes tão importantes que não podem ser obstaculizados.

E este estímulo direcionado ao consumidor não atinge apenas aqueles que sofrem mais com os problemas da impossibilidade de pagar suas dívidas porque simplesmente ganham menos, o que não apenas diminui seu potencial de consumo como também o deixa mais vulnerável a mudanças repentinas de renda. Ainda que em menor grau, pelos mesmos motivos que justificam a maior intensidade do problema entre os mais pobres, os mais ricos (ou que pertencem aos estratos socioeconômicos mais elevados) também estão superendividados: compram demasiadamente, apesar de possuírem renda alta (e levados em

consideração os critérios de distinção de estratos sociais existentes no país)⁶⁹.

Apenas para exemplificar, embora a PEIC (Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, da CNC) ressalte que o número (percentual) de famílias que afirmam que não poderão pagar suas dívidas seja maior entre os mais pobres, o superendividamento também é um fenômeno que aparece entre os mais ricos. Assim, entre as famílias com renda superior a 10 (dez) salários mínimos mensais⁷⁰, o percentual dos que afirmam não ter condição de pagar as contas em atraso era de 3,9%, em maio de 2016, um percentual menor que os dos mais pobres, mas ainda assim um número considerável de pessoas.

Logo, deve-se ainda considerar que a figura do consumidor superendividado não tem um perfil socioeconômico específico. As pesquisas sobre endividamento (e inadimplência), embora reconheçam a existência de índices diferentes entre as classes, não deixaram claro a existência de um perfil específico desse consumidor, indicando que o superendividado está presente em todas as classes econômicas no país, superando um preconceito que vincula o superendividamento às classes mais populares. Apesar disso, não se pode negar, nem este é o objetivo deste trabalho, que aqueles que têm uma vulnerabilidade agravada pelo pertencimento às classes sociais mais baixas do ponto de vista socioeconômico têm maiores problemas com o superendividamento. Este pertencimento leva em consideração tanto o nível de renda dessas famílias como outros dados, entre eles o grau de educação, ambos elementos essenciais para a caracterização do que se denomina aqui de vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade).

4.3.2 Espécies de superendividamento

Se o superendividamento é um conceito praticamente unânime, a doutrina também vai indicar espécies (tipos) de endividamento para que a situação de inadimplência possa ser abrangida (e tratada) pelo ordenamento jurídico, em especial, para adequação ao texto do Projeto de

⁶⁹ De acordo com as pesquisas indicadas neste trabalho, embora com parâmetros distintos, as famílias com renda per capita acima de R\$ 1.291,00 (em dezembro de 2014) podem ser consideradas de classe alta (classe A e B, para alguns ou classe Alta baixa e alta, para outros)

⁷⁰ A PEIC estabelece uma distinção entre dois grupos familiares: (1) os que têm renda de até 10 (dez) salários mínimos e; (2) os que têm renda superior a 10 (dez) salários mínimos.

Lei nº 3.515/2015, em que a boa-fé é um elemento necessário para conceituar o superendividado e, dessa forma, estabelecer normas atinentes à sua proteção. Considerando, portanto, a boa-fé como um fator determinante para sua caracterização, os consumidores superendividados podem ser classificados em ativos e passivos.

Os primeiros (consumidores superendividados ativos) chegam neste estágio de comprometimento de renda em virtude de um perfil de consumo acima de suas possibilidades de pagamento. São aqueles mais suscetíveis aos prazeres ofertados pela sociedade de consumo e que, por conta disso, adquirem mais produtos do que sua condição econômica permite. Ainda que seja considerada a influência do estilo de vida em uma sociedade de hiperconsumo (LIPOVETSKY, 2015; HONNETH, 2014), alguns consumidores deixam de lado a prudência e consomem bens e serviços que sabem não poder custear. Aqui estaria a ausência de boa-fé do consumidor. Se a boa-fé objetiva pode ser conceituada como um dever geral de cautela (ou cuidado), aqueles que não a observam faltam com um dever jurídico reconhecido e, por isso, não podem ser caracterizados como consumidores de boa-fé. Parte-se do pressuposto que esses consumidores se endividam voluntariamente, ainda que sejam estimulados (ou mesmo induzidos) pelas estratégias de propaganda⁷¹ das empresas.

Se a classificação dicotômica corrente sobre a intenção do consumidor for adotada (consumidor de boa-fé e consumidor de má-fé), embora não seja uma expressão corrente, é necessário dizer que, nesses casos, o consumidor estaria agindo de má-fé, já que não há outra categorização disponível. Mesmo que se trate de consumidores com alto grau de vulnerabilidade (hipervulnerabilidade), mesmo que, portanto, mais propensos a incorporar os valores de uma sociedade de hiperconsumo como possíveis, contrariando voluntariamente suas reais condições para aquisição de bens por conta de sua baixa renda, por exemplo.

Não é adequado imaginar que consumidores não possam ser responsabilizados. Partir deste pressuposto seria admitir uma espécie de incapacidade civil não prevista na legislação e não é o que supõe, sob pena de uma intromissão indesejável na esfera das relações negociais das

⁷¹ BARBER (2009), ao tratar sobre o papel da propaganda na implantação do consumismo vai afirmar, citando Alvin Coolidge, que a propaganda é o método pelo qual se cria o desejo de coisas melhores e, na esteira de Guy Debord (nos anos 1960), que a propaganda transforma a satisfação das necessidades humanas básicas por uma fabricação incessante de pseudonecessidades.

pessoas. Um paternalismo estatal (por meio do direito) que não faz sentido em uma sociedade de pessoas livres para optar, mantendo assim, ainda que considerando todas as dificuldades da sociedade contemporânea, a autonomia da vontade nos consumidores.

É que, apesar de reconhecer todas as técnicas empregadas pela indústria para estimular o consumo desenfreado, não se pode desconsiderar, em qualquer hipótese, que o consumidor é dotado de autonomia da vontade, sendo responsável, regra geral, pelos seus atos. Não se trata, portanto, de proteger aquele que voluntariamente arrisca seu conforto e qualidade de vida em nome de um consumo irresponsável.

E o referido Projeto de Lei nº 3.515/2015 trata não apenas de sua conceituação, mas também do tratamento (ou proteção) ao superendividado. Logo, os consumidores de má-fé, embora estejam objetivamente superendividados (impossibilitados de realizar os pagamentos de suas obrigações, boa parte delas com o sistema financeiro), não estão protegidos pelas disposições do Projeto de Lei, que têm como beneficiários apenas os consumidores que, apesar de prudentes, de agirem de boa-fé, acabam por ficarem superendividados.

Entretanto, parte significativa dos consumidores superendividados pode ser considerada como passiva, recaindo prioritariamente sobre os últimos (consumidores superendividados passivos) a necessidade de proteção para, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana, garantir a preservação do mínimo existencial, dirimindo ou, pelo menos, atenuando, os problemas causados pelo avanço das dívidas em seu patrimônio e sua conseqüente exclusão do mercado de consumo por meio das restrições de acesso ao crédito, o que neste trabalho já foi referido como uma verdadeira morte civil.

Os consumidores superendividados passivos seriam aqueles que contraem dívidas em função de fatores específicos, os denominados “acidentes da vida”, tais como o desemprego, o divórcio, doença ou morte na família, necessidade de empréstimo suplementares, fatores econômicos externos que alteram sua condição econômica (alta ou baixa do dólar, por exemplo), entre outros (SCHMIDT NETO, 2009). Aqui a referência é que fatores externos levaram o consumidor a comprometer-se com uma operação de crédito (financiamentos por instituições financeiras ou mesmo pelo cartão de crédito, quando usado para ao pagamento de outras dívidas) que acabou tornando-se impagável.

Há, ainda, uma hipótese que, com frequência, é listada como uma das principais causas do superendividamento, mais ainda quando se trata de grupos hipervulneráveis: a concessão de crédito irresponsável pelos agentes financeiros. Aqui, é possível caracterizar a ausência de boa-fé (ou

má-fé) por parte dos fornecedores de crédito, principalmente a manipulação dos contratos e a falta de informação ao consumidor podem acarretar, e muitas vezes o fazem, em problemas de superendividamento futuros. E ainda assim, é importante não esquecer, trata-se de comprometer, por vezes, o mínimo existencial das pessoas superendividadas, uma situação de clara e direta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

DUQUE (2008) vai indicar que a já conhecida inalienabilidade, poderia também se dizer indisponibilidade, de certos direitos fundamentais derivam exatamente da personalidade do titular desses direitos. E vai associar o tratamento ao superendividado passivo como uma espécie de “proteção contra a ausência de esperança”, que funcionaria como um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade. E afirma também que a ausência de um correto dever de informação e a manipulação do contrato pelos mais fortes (fornecedores) em uma relação de consumo gera superendividamento e, nesse caso, não se pode dizer que por responsabilidade do consumidor.

Assim, na linha proposta pelo Autor, praticamente todos os contratos estabelecidos com instituições financeiras estariam, de certo modo, enquadrados em uma certa irresponsabilidade contratual, mas desta vez a irresponsabilidade contratual seria do próprio fornecedor, que tem todas as condições (inclusive e principalmente com as informações que tem do consumidor, cadastro, informações sobre renda e patrimônio) de ter uma expectativa razoável sobre a possibilidade real de adimplemento da obrigação que, embora “voluntariamente” assumida pelo consumidor, foi irresponsavelmente sugerida pelo fornecedor (instituições financeiras).

Para DUQUE (2008), a situação é ainda mais grave quando há práticas abusivas de publicidade (propaganda) e que atingem mais diretamente os consumidores em situação de fragilidade pessoal. Nesses casos, o endividamento (ou mesmo o superendividamento) é praticamente perene, com o alongamento desarrazoado das prestações e prazo de pagamento, que tendem a gerar contratos que vinculam o consumidor “por toda a eternidade”. E nesse caso, estaria havendo ofensa direta a direitos fundamentais do consumidor. A proteção do ordenamento, portanto, ao consumidor passivo, estender-se-ia aos contratos estabelecidos por meio de propagandas abusivas, enquadrando-se também como consumidores superendividados passivos.

Embora pareça simples, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se livrou completamente do pressuposto liberal de autonomia privada quase absoluta nos atos negociais (contrato), o velho ideário moderno de

que os pactos devem ser cumpridos. E se o ordenamento, como se trata neste trabalho desde o início, já alterou seu paradigma, a sociedade de maneira geral, e o judiciário de maneira particular, parece ainda estar convencida de que o superendividamento decorre fundamentalmente da culpa daqueles que assumem as dívidas. Ainda não há consenso sobre a vulnerabilidade do consumidor, ainda que prevista expressamente na legislação brasileira.

Embora a intervenção do estado na esfera da autonomia da pessoa seja algo controverso, principalmente se partirmos de pressupostos modernos ou mesmo, e talvez mais ainda, dos pressupostos atomizantes da modernidade líquida, os casos de oferta irresponsável de crédito precisam urgentemente, ser combatidos pelo ordenamento jurídico e pelo sistema judiciário. E a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que a análise seja individual (tanto para verificar os motivos do superndividamento quanto para verificar o grau de vulnerabilidade do consumidor), pode servir como balizador da garantia do direito ao crédito para satisfação prioritária do mínimo existencial (direito indisponível e inalienável).

Se é corrente a afirmação de que o Estado não pode prover todos os bens e serviços necessários a todas as pessoas, também é necessário verificar que o mercado de crédito no país vem avançando no patrimônio dos consumidores superendividados de forma abusiva, devendo o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana servir como parâmetro e limitador da atividade de concessão de crédito, até mesmo para preservar o direito ao crédito dos consumidores.

As outras formas de superendividamento passivo já referidas, como os acidentes de família (divórcios, doenças, morte) e mesmo as compulsões (que resvalam em casos de incapacidade civil, ainda que relativa) também são importantes e devem ser analisados na mesma lógica dos contratos que são assumidos em função e uma postura irresponsável do fornecedor de crédito. Nesses casos, situações inesperadas alteram substancialmente as necessidades das pessoas (ainda que temporariamente) e, algumas vezes, tornam impossível o adimplemento das obrigações assumidas.

Ainda que se possa argumentar que esses fatores não teriam condições de alterar o conteúdo dos contratos, sob pena de atingir duramente seu núcleo essencial (princípio da conservação dos contratos), é necessário, assim como DUQUE (2014) entender que o antigo (velho) direito privado individualista cedeu lugar a um direito privado solidário, em conformidade com os princípios constitucionais, em que o modelo precisou ser revisto, em virtude das novas necessidades e configurações

sociais atuais. É o que o Autor vai denominar de “direito privado solidário”, em que está contido o direito do consumidor e o reconhecimento das inúmeras vulnerabilidades (algumas hipervulnerabilidades), um direito voltado para a valorização dos direitos humanos e em sintonia com uma nova realidade social, mais complexa e na qual as soluções para os impasses dificilmente podem ser tratadas individualmente. Assim, para o Autor, é necessário o reconhecimento das desigualdades estruturais para que se possa avançar no desenvolvimento de proteção específica (positivada) para os vulneráveis, tanto do ponto de vista técnico, quanto o informacional, o jurídico ou o fático.

Portanto, em quase todos os casos indicados, o superendividamento não pode ser tratado como de exclusiva responsabilidade do consumidor. HONNETH (2014) afirma que o crescimento exponencial dos bens em circulação fez surgir um interesse quase ilimitado das pessoas (inicialmente da burguesia pós revolução industrial) em estabelecer distinções de status. Ainda assim, o aumento de bens acabou atingindo toda a população e acarretou a percepção, por parte da indústria, que se utilizassem procedimentos manipulativos conseguiriam influenciar a formação das necessidades dos consumidores.

Diz mais ainda, que as necessidades inicialmente das classes mais altas são rapidamente propagandeadas para toda a população, com métodos cada vez mais profissionais com o objetivo de acelerar as vendas de maneira padronizada e, com isso, evitar o risco de sobreprodução no sistema capitalista. Em outras palavras, as novas necessidades causam reações de todos, não sendo adequado (justo) imaginar que os consumidores, afetados diretamente pela indústria da propaganda, sejam exclusivamente responsabilizados por situações inadequadas para o próprio sistema econômico (como a inadimplência e, pior, o superendividamento). (HONNETH, 2014)

Assim, o superendividamento não é uma situação ordinária como o endividamento, em que mais da metade das famílias brasileiras afirma conhecer⁷². O superendividamento (mesmo o ativo) é um tipo específico de endividamento que restringe direitos fundamentais do consumidor (endividado ou superendividado, neste caso). É aqui que o sistema de garantias constitucionais deve ser efetivo, ainda que, de uma forma ou de

⁷² A Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor-PEIC, de julho de 2016, informa que 57,7% das famílias brasileiras informam ter algum tipo de dívida. Disponível em http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/graficos_peic_julho_2016.pdf. Acesso em 5 de setembro de 2016.

outra, resvale (ou mesmo obrigue) na interferência estatal nos contratos de consumo celebrados. A proteção é necessária e, uma economia em desenvolvimento como a brasileira e a dos países em desenvolvimento, que experimentou uma fase recente de grande aumento na oferta de crédito e, por conseguinte, no endividamento geral das pessoas (físicas e jurídicas – públicas e privadas).

E o tratamento a um caso excepcional, não planejado e involuntário, como é o superendividamento, merece também soluções excepcionais, especialmente quando não há legislação específica que trate do assunto, diferente de vários outros países do mundo que já têm legislação a respeito⁷³. E um outro fator importante a destacar na questão do superendividamento é evitar que o discurso realizado tenha fundamento moral, ou pelo menos essencialmente moral, no sentido de que o endividamento seja algo reprovável, o que, em uma sociedade de consumo não faz qualquer sentido.

Assim, o estímulo ao consumo responsável e como forma de pessoas terem maior qualidade de vida, com o acesso a bens e serviços antes desconhecidos é algo não apenas saudável, do ponto de vista social, mas mesmo desejável. E se o fenômeno do superendividamento atinge preferencialmente as pessoas enquadradas nas classes mais baixas da estratificação social brasileira, o cuidado com esse discurso deve ainda ser maior. Todos têm direito ao crédito e a adquirir os produtos que entendam ser mais adequados às suas necessidades. É uma questão de liberdade, em uma sociedade de livre mercado como a brasileira, isso é essencial.

Não existem produtos que somente alguns podem adquirir e usar, o que existem são preços de produtos que apenas poucos podem pagar para adquiri-los e é absolutamente legítimo que uma pessoa que experimente algum tipo de ascensão social deseje adquirir produtos que antes não tinha acesso. Ir aos shoppings, ter cartão de crédito, viajar de avião, entre outros, passaram a fazer parte de novos consumidores, e há consumidores em qualquer classe social. E para adquirir produtos, especialmente aqueles com menor poder aquisitivo, é necessário o constante endividamento, já que os bens duráveis e de valor mais elevado dificilmente são adquiridos sem um (longo) financiamento.

MARQUES (2010) também afirma que quase todos os consumidores estão endividados, sempre criando um passivo de dívidas

⁷³ Sobre os vários países que adotaram, desde o início da década de 1990, legislações que tratam do fenômeno do superendividamento, ver MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010; MARQUES, 2012; LOPES, 1996.

que devem pagar mensalmente com o orçamento familiar disponível e com o seu próprio patrimônio. Afirma que, embora o endividamento seja um dado individual, na mesma linha de DUQUE (2014), as consequências são sociais e sistêmicas, especialmente nos sistemas econômicos de países em desenvolvimento como o Brasil, marcado por uma economia de mercado, liberal. E se o orçamento doméstico dos consumidores é utilizado preferencialmente para a satisfação de necessidades básicas, é preciso crédito para adquirir bens de maior valor (inclusive bens imóveis para moradia). Não há, portanto, que se buscar uma restrição geral de crédito, ao contrário, uma expansão coordenada e responsável é o melhor cenário para um país que ainda mantém muitas pessoas afastadas de uma verdadeira sociedade de consumo, por conta de sua baixa renda.

Esta “constatação” não tem conotação negativa, já que o modelo de desenvolvimento tardio dos países periféricos não é o mesmo dos países centrais, mais ainda com a globalização (inclusive com a já conhecida definição de papéis no mercado mundial). O que se espera é que os superendividados (ainda que somente os denominados de passivos) tenham garantido o direito ao mínimo existencial. É disso que trata este trabalho.

4.3.3 O aumento do crédito no Brasil, a “nova classe média” e a inadimplência como elementos de superendividamento

Um dos fatores importantes na análise da situação do consumidor brasileiro e sua capacidade de adimplir com as obrigações assumidas, em especial em relação aos contratos estabelecidos com instituições financeiras, é o crédito, ou as operações de crédito. Isso porque as operações de crédito são responsáveis, em grande parte, não apenas pelo processo de aquisição de bens com valor econômico um pouco mais alto (bens duráveis) como também, e de forma também importante, pelo pagamento de outras dívidas já constituídas e que, por qualquer motivo, não puderam ser pagas com os ganhos usuais dos consumidores.

O crédito no Brasil cresceu exponencialmente nos últimos 15 (quinze) anos, especialmente nas classes que experimentaram um período de grande mobilidade (ascensão) social, com o surgimento do que ficou conhecido em várias publicações como a “nova classe média brasileira”⁷⁴,

⁷⁴ A definição de classe social não é tarefa simples e os critérios utilizados variam de acordo com o investigador. O próprio Banco Mundial, em obra destinada a tratar sobre a ascensão da nova classe média na América Latina (2013), reconhece os problemas de sua definição e faz questão de adotar critérios que ultrapassem a

mas que de acordo com as características apresentadas, autores como SOUZA (2012) preferem simplesmente designar como a “nova classe trabalhadora precária”⁷⁵ ou simplesmente de “batalhadores”, uma classe de pessoas que foram inseridas no mercado de trabalho, em um contexto de trabalho, muito mais que um contexto de consumo⁷⁶. E sobre o perfil dessa classe emergente, a utilização do termo “precário”, já indica uma característica que deve acompanhar não apenas o crescimento da oferta e das operações de crédito, como também o impacto da inserção de milhões de pessoas no mercado de consumo (ainda que em nível de consumo individual pequeno) e, também, no fenômeno do superendividamento.

O aumento do volume do crédito no país, embora tenha um histórico de altos e baixos, passa a ser bastante significativo especialmente a partir de 2003 (MORA, 2014). Assim, o volume de crédito que era de 26% do PIB em dezembro de 2002, passou para 45,2% do PIB, em dezembro de 2010, aumentando anualmente sem interrupção (mesmo com a crise mundial de 2008). E o aumento de crédito às pessoas físicas foi quem, nas palavras da Autora, capitaneou todo o processo de ampliação da oferta de crédito, passando de 36% (em dezembro de 2002) para 46% (em dezembro de 2010) do crédito total, praticamente empatado como crédito à pessoa jurídica, que sempre foi historicamente predominante nessa relação.

mera distinção econômica, mas também aborde questões subjetivas deste grupo, como suas crenças e aspirações.

⁷⁵ Jesse Souza usa o termo classe trabalhadora precária para designar essa multidão de pessoas que passaram a ter algum poder de compra com a melhoria econômica de alguns países nas últimas décadas (em especial o Brasil). E vai indicar que uma de suas características é a de que, dentro de um sistema internacional, essas pessoas estariam dispostas a fazer quase qualquer coisa por muito pouco como uma estratégia de sobrevivência e mesmo de ascensão social. Para o Autor, o perfil desta classe está associado ao trabalho, muito mais que o consumismo, mesmo porque a disponibilidade financeira desta classe, tratando as famílias de forma particular, é muito pequena. No Brasil utiliza também o termo “batalhadores” e “ralé” para designar as classes econômicas mais baixas na estratificação social brasileira.

⁷⁶ A inclusão da denominada nova classe média é objeto de interessante debate teórico, por conta das inúmeras características que podem ser privilegiadas na análise desse grupo de pessoas. SOUZA (2012) e POCHMANN (2016) enfatizam que essa nova classe média tem um perfil associado aos ganhos que obtiveram com o ingresso no mercado de trabalho (mais especificamente no mercado de trabalho formal), muito mais do que na aquisição de um perfil de nova classe consumidora. Ainda assim, impactaram fortemente o mercado de crédito brasileiro.

Um dos motivos para a explosão do crédito à pessoa física foi exatamente o surgimento do denominado crédito consignado. Introduzido pela Lei nº 10.820/2003⁷⁷, o crédito consignado consiste em um empréstimo feito aos trabalhadores da iniciativa privada (regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, Decreto-Lei nº 5.452/1943), servidores públicos e aposentados que têm acesso às operações de crédito com taxas mais baixas que as usuais porque o pagamento (das parcelas desse crédito) é feito com o desconto diretamente no salário, com dedução diretamente na folha de pagamento da pessoa física e, com isso, aumentando (ou seria garantindo?) a possibilidade de pagamento das parcelas dos empréstimos às instituições financeiras. O pagamento, nesse caso, é feito diretamente pelo órgão pagador às instituições financeiras, evitando que os valores dos salários (ou aposentadorias) sejam repassados para os devedores. Importante destacar que, embora a taxa de juros seja mais baixa que a usual (um crédito direto à pessoa física, por meio de empréstimo pessoal não consignado), por conta das garantias de pagamento que a “Lei do Crédito Consignado” oferece, ainda continuam a ser muito altas.

Além do crédito pessoal consignado, outra operação que alavancou o volume de crédito no país foi o significativo aumento do crédito para aquisição de veículos no mesmo período, tanto nos contratos de financiamento quanto nos contratos de *leasing*, por conta da diminuição da taxa de juros (de 40% a.a., em janeiro de 2003, para menos de 20% a.a., em dezembro de 2010) e também do aumento no prazo de financiamento do contrato, passando, em média, de 400 (quatrocentos) dias, em janeiro de 2003 para 500 (quinhentos) dias, em dezembro de 2010. (MOTA, 2014), com o aumento também sendo notado nos financiamentos imobiliários, que passaram a ser de até 35 (trinta e cinco) anos. Enfim, um conjunto de medidas econômicas que facilitaram a oferta de crédito (menores taxas e maiores prazos) e suas condições ou garantias de pagamento.

⁷⁷ Inicialmente a possibilidade do crédito consignado foi introduzida pela Medida Provisória nº 130, de 17 de setembro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece em seu artigo 1º que os beneficiários “poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos”. (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015)

Embora o período acima indicado tenha sido de grande expansão nas operações de crédito, a crise econômica enfrentada atualmente (com prováveis dois anos seguidos de recessão, aqui entendida como “crescimento negativo” do PIB), acabou por reduzir o ritmo de crescimento desse crédito destinado às pessoas físicas. Ainda assim, o período de 2011 a 2014 apresentou um crescimento médio de 15,3% a.a.⁷⁸

Não é objetivo do presente trabalho indicar de forma pormenorizada as características da evolução do crédito às pessoas físicas no país, desde o início deste século. Os dados, porém, são importantes para fundamentar a crescente questão do endividamento das famílias brasileiras e, da mesma forma, da distorção deste endividamento que é, como adiante será tratado, a impossibilidade de cumprir com todas as obrigações assumidas (superendividamento).

Além disso, tão importante quanto detectar o aumento do volume total de crédito é indicar que o número de pessoas atingidas também aumentou significativamente. Logo, houve uma democratização do acesso ao crédito, tanto em relação ao poder aquisitivo das pessoas (atingindo uma parcela com menor poder aquisitivo, normalmente fora desse mercado) quanto, inclusive, do ponto de vista de distribuição regional dos recursos (com a Região Sudeste, mais rica, perdendo participação no volume total das operações de crédito para as outras Regiões do país, especialmente a Região Nordeste).

Da mesma forma que o aumento da oferta de crédito possibilitou, ou pelo menos contribuiu de forma significativa⁷⁹, para o desenvolvimento econômico do período (pelo menos até 2014), também é importante destacar que o comprometimento da renda dos tomadores de empréstimos (consumidores) também vem paulatinamente diminuindo, pelos dados coletados pelo Banco Central do Brasil-BCB, o que representaria uma grande notícia para a saúde da economia brasileira, que estaria conciliando aumento no volume total de crédito e menor comprometimento de renda das famílias com esses empréstimos

⁷⁸ Relatório de Economia Bancária e Crédito (BCB). Disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/rebc_2014.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2016.

⁷⁹ O desenvolvimento econômico não pode ser reduzido a um único fenômeno. Alguns indicadores como a redução do desemprego e da informalidade no mercado de trabalho, o crescimento da massa salarial, o contexto internacional, a queda da desigualdade (todos experimentados em períodos recentes da história brasileira), entre tantos outros, podem ser usados como parâmetro para análise de desenvolvimento econômico.

Entretanto, os dados indicados pelo BCB deixam de fora as dívidas de cartão de crédito, as dívidas diretas com fornecedores (lojistas, por exemplo) e as dívidas do crédito rural, concentrando-se apenas nas dívidas com o sistema financeiro. Os índices de comprometimento de renda, importantes para estudar o fenômeno do superendividamento, são, portanto, apenas uma referência que, sabe-se, não representa a totalidade das dívidas das famílias⁸⁰. Ainda assim, e servindo como referência no comprometimento de renda dos tomadores de crédito (pessoas físicas) nas operações financeiras, o BCB indica que a renda familiar nesse quesito estava, em média, 23,0% comprometida, em 2014.⁸¹

E, embora com as pertinentes críticas sobre os critérios utilizados para a estratificação social no país (com inegável manutenção das distinções sociais, apesar de uma maior distribuição de renda entre as famílias, o que dificulta realmente a compreensão do significado da expressão “nova classe média”), é fato que houve um crescimento significativo de uma parcela da população brasileira que passou a ter acesso ao mercado de consumo. E, diferente de outras épocas e de crescimento experimentadas no país (em que o crescimento econômico não resultou diretamente na inserção das parcelas mais pobres da população), desta vez o crescimento econômico existente na primeira década do século XXI foi acompanhado de maior distribuição de renda, o que possibilitou que milhões de pessoas passassem a compor o referido estrato social: a “nova classe média”.

Segundo KAMAKURA; MAZZON (2013, p. 730), em sua obra *Estratificação socioeconômica e consumo no Brasil*, quando comparada a economias de outros países em desenvolvimento, especialmente a economia chinesa, as taxas de crescimento experimentadas pelo PIB recentemente no país não são extraordinárias. Basta lembrar que a taxa de crescimento média

⁸⁰ O Serasa Experience, organização que trata sobre a proteção ao crédito das empresas, apresenta índices bem maiores de inadimplentes no país, chegando a apontar, de acordo com pesquisa divulgada em 2014, percentuais acima de 20% da população como inadimplentes, embora não tenha em seu site o acesso aos dados coletados. Importante destacar que os índices apresentados pelo Serasa Experience envolveriam as dívidas não existentes no mercado financeiro (lojistas). Disponível em <https://www.serasaexperian.com.br/estudo-inadimplencia/>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

⁸¹ Os dados indicam que o comprometimento de renda varia entre 21,4%, no Piauí (mais baixo) a 26,3% (mais alto), do Distrito Federal. A pesquisa também não indica relação entre nível de comprometimento de renda e inadimplência, estando este último relacionado à renda per capita dos devedores (maior renda, menor grau de inadimplência).

na primeira década deste século (Século XXI) no Brasil foi de 2,9%, enquanto que o mesmo índice na economia chinesa é superior a 7% de crescimento anual desde a década de 90. Ainda assim, uma especial característica deste período de crescimento chama a atenção dos Autores (e não somente deles), o aspecto que distingue este crescimento foi que o aumento geral da economia (representado pelos números do PIB) foi acompanhado de uma maior distribuição de renda, o que resultou na diminuição da desigualdade (ainda cruel) na sociedade brasileira.

E foi exatamente essa característica notadas nos últimos anos, crescimento econômico com distribuição de renda, que é responsável pela redução drástica da pobreza no país (redução de 45% da população abaixo do nível de pobreza entre 2003 e 2009) e no consequente surgimento da chamada “nova classe média” que, em 2009, correspondia a pouco mais de metade (50,4% para ser mais exato) da população total. Em dados do Governo Federal (da extinta Secretaria de Assuntos Estratégicas-SAE), com base na Pesquisa nacional por Amostra de Domicílios-PNAD, a “nova classe média era estimada em 53% da população brasileira em 2012, totalizando mais de 100 (cem) milhões de brasileiros (104 milhões de pessoas, em oposição aos 67 milhões existentes em 2003).⁸²

E a inserção dessas pessoas⁸³ no mercado de consumo fez crescer também a procura por crédito, já que consumo e crédito andam juntos e passou a ser, a partir de então, possível assumir determinadas obrigações para a compra de bens materiais que eram inalcançáveis, ainda que sejam produtos relacionados com a satisfação de necessidades tidas como primárias como fogão, geladeira e TV em cores (alimentação, informação e entretenimento como necessidades básicas).

E não apenas o crédito a determinados setores da população brasileira cresceu (e ainda vem crescendo) nos últimos anos, trata-se de uma expansão geral, com especial crescimento nos créditos tomados por

⁸² Os dados consolidados disponíveis em http://www.bcb.gov.br/secretaria/apres/Alessandra_Ninis_SAE_PR.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2016.

⁸³ É importante destacar que o conceito de classe social pode ser elaborado com base em inúmeros parâmetros e não apenas o de renda ou de consumo. Poder político, status social, estrutura dos meios de produção, educação, composição familiar, potencial de consumo, entre outros. A classificação elaborada pela extinta Secretaria de Assuntos Estratégicos-SAE, do Governo Federal, levou em consideração a renda corrente familiar, que não leva em consideração aspectos regionais em sua elaboração. O resultado, portanto, pode apresentar variações significativas em relação ao potencial de consumo entre as várias regiões do país e mesmo dentro de cada Estado da Federação. Sobre a estruturação das classes no Brasil, entre outros: KAMAKURA; MAZZON, 2013.

pessoas físicas, cujas consequências têm especial atenção deste trabalho, já que o conceito de superendividamento, como visto, diz respeito apenas às pessoas físicas. Apenas para exemplificar o volume de crédito e seu crescimento, o Banco Central do Brasil-BCB divulgou Relatório de Economia Bancária e Crédito de 2014⁸⁴ (publicação anual do BCB), com a evolução do mercado de crédito no país, bem como suas taxas de crescimento em relação a anos anteriores. Em 2014, houve a continuidade do processo de expansão das operações de crédito do Sistema Financeiro Nacional, que atingiu 58,9% do Produto Interno Bruto Brasileiro-PIB (em dezembro de 2003 essa relação era de apenas 25%).

Ainda que já reconhecendo os efeitos da desaceleração da economia brasileira nos últimos anos, o Relatório aponta o crescimento do crédito de 11,3%, em 2014 (contra o crescimento de 14,5%, em 2013 e de 16,4%, em 2012). E a participação do crédito para as pessoas físicas no total geral é de 27,6% do PIB (contra 31,3% das pessoas jurídicas), ou seja, quase metade do mercado de crédito no país é composto por pessoas físicas, muitos desses consumidores já superendividados ou em rápido processo de superendividamento.

Sobre o crescimento das operações de crédito das pessoas físicas, o mesmo Relatório de Economia Bancária e Crédito do BCB indica que houve um crescimento de 13,3%, em 2014 (sendo que o a Região Nordeste foi a que experimentou o maior crescimento, de 16,2% no período e a Região Sudeste o menor, de 11,5%). A média de crescimento foi de 15,3% a.a., se considerado o triênio de 2012-2014.

Assim, apesar da relação crédito-PIB não ser das maiores do mundo⁸⁵, já que os países desenvolvidos ultrapassam em muito essa relação, os contratos de crédito no país alcançam um extraordinário número de pessoas, que contratam com instituições financeiras e estão subordinadas às regras estabelecidas pelas últimas. É importante ainda destacar alguns dados do Relatório de Economia Bancária e Crédito-BCB, que impactam diretamente no discurso e nas práticas jurídicas nacionais quando relacionadas aos contratos de crédito, especialmente os estabelecidos por pessoas físicas.

⁸⁴ Disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/rebc_2014.pdf. Acesso em 02 de setembro de 2016.

⁸⁵ Disponível em <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/credito-pula-de-24-7-para-55-2-do-pib-em-10-anos>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

Inicialmente, é de conhecimento público que as taxas de juros praticadas no país estão entre as maiores do mundo⁸⁶ e, apesar deste aspecto não ser objeto de debate detalhado neste trabalho, essas taxas (de juros) e as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelas instituições financeiras são fatores importantes na análise das consequências das operações de crédito para pessoas físicas, já que uma das principais justificativas para a manutenção das taxas e de algumas cláusulas contratuais previstas (como o débito automático em boa parte dos créditos não consignados, além dos contratos que apresentam garantias reais como o de alienação fiduciária) é o risco de inadimplência.

A inadimplência, que pode ser conceituada genericamente como a impossibilidade de adimplir (extinguir com o cumprimento) as obrigações assumidas⁸⁷, também é um assunto que merece estudo mais aprofundado. O referido Relatório de Economia Bancária e Crédito do BCB (de 2014) aponta para uma inadimplência geral das operações de crédito das pessoas

⁸⁶ Apenas para exemplificar, em pesquisa mensal realizada pela Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade-ANEFAC, das “seis linhas de crédito pesquisadas, uma manteve inalterada sua taxa de juros no mês (CDC-bancos-financeiro de veículos) e cinco tiveram suas taxas de juros elevadas no mês (juros do comércio, cartão de crédito-rotativo, cheque especial, empréstimo pessoal-bancos e empréstimo pessoal-financeira). A taxa de juros média geral para pessoa física apresentou uma elevação de 0,04 ponto percentual no mês (1,13 pontos percentuais no ano) correspondente a uma elevação de 0,49% no mês (0,73% em doze meses) passando a mesma de 8,09% ao mês (154,35% ao ano) em julho/2016 **para 8,13% ao mês (155,48% ao ano) em agosto/2016 sendo esta a maior taxa de juros desde agosto/2003**” (grifou-se).

Disponível em <https://ssl.anefac.com.br/uploads/arquivos/2016913151432679.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2016.

⁸⁷ A inadimplência não deve ser confundida com a mora contratual. A primeira é a impossibilidade de realizar o pagamento, enquanto a segunda (mora) é o atraso no pagamento. Para efeitos de inadimplência (default), o setor financeiro utiliza como parâmetro a definição estabelecida pelo Comitê de Basileia de Supervisão Bancária (2006, p. 100): (ii) *Definition of default: A default is considered to have occurred with regard to a particular obligor when either or both of the two following events have taken place. •The bank considers that the obligor is unlikely to pay its credit obligations to the banking group in full, without recourse by the bank to actions such as realising security (if held). •The obligor is past due more than 90 days on any material credit obligation to the banking group. Overdrafts will be considered as being past due once the customer has breached an advised limit or been advised of a limit smaller than current outstandings.*

físicas em 3,7% (dezembro de 2014)⁸⁸ do total de contratos e aponta uma redução paulatina em seus índices nos últimos anos (de 5,2%, em 2011), com a inadimplência estando diretamente relacionada com a renda *per capita* do consumidor (quanto menor a renda, maior o índice de inadimplência)⁸⁹. E os contratos que compõem o espectro das operações analisadas no relatório, diferente do que acontece nos índices relacionados ao comprometimento de renda que apenas indicam as dívidas com o mercado financeiro, são os que representam a maioria das operações de crédito: crédito imobiliário, crédito pessoal, crédito pessoal consignado, cartão de crédito, cheque especial e aquisição de veículos.

Em todas as operações de crédito realizadas pelas instituições financeiras há uma clara relação de consumo e, embora não se possa identificar perfeitamente os contratos que levam ao endividamento distorcido do consumidor (o superendividamento), é correto vincular, embora não de forma exclusiva, a impossibilidade de pagamento do consumidor dos contratos de crédito, já que essas operações não têm uma finalidade em si mesmas, servindo para aquisição de outros bens (“adquirir crédito (dinheiro)” para aquisição de outros bens), o que afeta, portanto, toda a cadeia de consumo (os denominados créditos voltados para o consumo de pessoa física).

O quadro geral de estatísticas apresentadas anualmente pelo BCB é importante para que o tema possa ser tratado sem qualquer tipo de preconceito. A taxa de inadimplência no país, embora não possa ser desconsiderada no contexto econômico e no mercado de crédito em geral, e esteja aumentando nos últimos dois anos, ainda não é alarmante, como querem fazer parecer alguns. Não é, portanto, uma tragédia econômica nacional, embora o inadimplemento de uma obrigação gere, sem qualquer dúvida, prejuízos e contrarie um dos princípios basilares da relação contratual que é o seu adimplemento (força obrigatória dos contratos). Em

⁸⁸ Em notícia divulgada para a imprensa, em 25/08/2016, o BCB indica que: “A taxa de inadimplência das operações de crédito, correspondente aos atrasos superiores a noventa dias, situou-se em 3,6% em julho (+0,1 p.p. no mês e +0,6 p.p. em doze meses), alcançando 4,1% no crédito às famílias (+0,1%) e 3% no crédito às empresas (estável). No crédito livre, a inadimplência alcançou 5,7% (+0,1 p.p.), enquanto no segmento direcionado, permaneceu em 1,4%”. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/htms/notecon2-p.asp>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

⁸⁹ Além disso, outros parâmetros são apontados no mesmo Relatório BCB, a inadimplência é maior entre os jovens e diminui com o aumento da idade, bem como há equilíbrio nos índices relacionados ao gênero do inadimplente, com uma pequena liderança das mulheres (mulheres, com 3,7% e homens, com 3,6%).

outras palavras, a inadimplência não é desejável e, portanto, não deve ser estimulada. Logo, deve-se verificar os motivos que causam a inadimplência e tentar evitá-los. Não se pode estabelecer uma espécie de “defesa à inadimplência” para tentar resolver as graves distorções no sistema de crédito estabelecidas no país. Apesar disso, há casos em que a inadimplência, ainda que decorrente de fatores diversos, precisa ser tratada de forma a evitar que direitos fundamentais dos devedores sejam violados.

Uma outra referência que pode ser usada para verificar o grau de inadimplência e, portanto, de problemas relacionados ao endividamento do consumidor brasileiro é a Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor-PEIC), realizada mensalmente pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo-CNC⁹⁰. A pesquisa revela, em maio/2016, que mais da metade das famílias brasileiras têm dívidas (58,7%), o que é uma situação comum nas estratégias de consumo utilizadas por grande maioria, especialmente para adquirir bens duráveis, com o pagamento a prazo.

E a divisão das dívidas declaradas pelas famílias brasileiras na pesquisa (PEIC) está indicada da seguinte forma: cartão de crédito (77% das dívidas), carnês em geral (15%), financiamento de carro (11,3%), crédito pessoal não consignado (10,1%), financiamento imobiliário (8,1%) e crédito consignado (5,5%), entre outros. Revela também que mais de 40% das famílias têm alguma conta em atraso (prazo inferior a 90 dias), que pelos parâmetros já indicados e utilizados neste trabalho, não podem ser considerados inadimplentes.

A mesma pesquisa (PEIC) revela que o percentual de famílias que informam que têm dívidas que não terão condições de pagar vem crescendo por conta da crise econômica experimentada desde 2014. Este é um índice preocupante. Aqui temos um grupo de famílias brasileiras que reconhecem a impossibilidade de pagamento de parte das obrigações assumidas. Assim, a pesquisa indica que, se em dezembro/2014, apenas 5,8% dos entrevistados apontavam não ter condições de pagar todas as suas dívidas, este percentual aumentou para 9,0%, em maio de 2016, numa clara referência à crise econômica experimentada nos últimos dois anos, especialmente pelo aumento do desemprego no país, que acarreta a impossibilidade imediata de pagamento de algumas dívidas assumidas anteriormente.

90

Disponível

em

http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/analise_peic_maio_2016.pdf.

Acesso em 17 de setembro de 2016.

E da mesma forma que os dados divulgados pelo BCB, a pesquisa também demonstra (confirma) que aqueles que têm renda inferior são os mais atingidos pela inadimplência, embora não seja uma característica exclusiva das classes economicamente inferiores. E a inadimplência gera uma severa restrição ao mercado de crédito e, algumas vezes, causa transtornos ainda mais severos como a impossibilidade de satisfação de necessidades básicas, já que parte das obrigações assumidas, em especial algumas operações de crédito, têm o pagamento já descontado da folha de pagamento (o caso do crédito consignado) ou feito por meio de débito automático na conta corrente do devedor (financiamento imobiliário, créditos pessoais, por exemplo) o que praticamente impossibilita o devedor de ter acesso aos seus rendimentos integrais, mais ainda quando são muitos os contratos e as reestruturações para alongamento das dívidas para possibilitar o pagamento.

Logo, a questão do crédito e da inadimplência nas sociedades industrializadas andam em conjunto. É uma característica do sistema econômico que as pessoas busquem crédito para adquirir novos produtos e serviços. O endividamento em si, portanto, não é um problema para o sistema econômico, ao contrário, é um fator de desenvolvimento, mais ainda em uma sociedade de consumo (ou hiperconsumo).

Nas pesquisas indicadas, a principal causa do endividamento das pessoas físicas são as operações de crédito, o que praticamente (embora não completamente) restringe o debate aos contratos firmados com as instituições financeiras (incluídas aqui as administradoras de cartão de crédito), que formam um dos blocos de maior poder econômico no cenário contemporâneo. Além disso, como já dito anteriormente, a complexidade das relações, a dificuldade no acesso a informações precisas sobre as condições do negócio, a dificuldade acrescida daqueles que não conseguem sequer ler os instrumentos contratuais (por não terem acesso pelas “dificuldades” tecnológicas ou mesmo por serem analfabetos, ainda que funcionais) e, em consequência, pela dificuldade de antever os riscos e custos da operação, tornam a vulnerabilidade já reconhecida nos consumidores em uma verdadeira regra negocial. Mais ainda, para determinada parcela da população atingida, esta não é uma vulnerabilidade comum, mas agravada tanto pela condição econômica quanto pelas dificuldades de compreensão experimentadas pelos consumidores. Uma hipervulnerabilidade, portanto.

Se o endividamento é um fenômeno natural, e mesmo saudável, para pessoas que estão em processo de ascensão social (com a aquisição

de novos produtos e serviços⁹¹), não se pode dizer o mesmo do chamado “superendividamento”. O superendividamento (ou sobreendividamento), que pode ser conceituado como uma impossibilidade global do devedor de pagar todas as suas dívidas, garantidos o mínimo existencial e a dignidade humana, não é algo que pode ser tratado tranquilamente com dados estatísticos. Não é razoável imaginar que uma família possa acumular dívidas em tal volume que ultrapassem a sua possibilidade de, junto com o adimplemento dessas obrigações, satisfazer necessidades básicas como a alimentação, a saúde, a educação, o vestuário, a habitação, entre outros.

Entretanto, apesar de não parecer razoável, o superendividamento vem atormentando uma parcela considerável da população brasileira, em especial aqueles que apresentam maior grau de vulnerabilidade (de todos os tipos) no momento da formação do contrato, especialmente nas operações de crédito.

Embora represente uma distorção do “natural” endividamento que faz parte do próprio processo de desenvolvimento contemporâneo, marcado exatamente pela profusão de bens e serviços para consumo imediato, o superendividamento não é um fenômeno necessariamente recente. Ainda que os dados mais antigos sejam de difícil acesso, pode-se supor que da mesma forma que o endividamento se desenvolveu com a sociedade de consumo, o superendividamento, embora provavelmente em menor proporção, também foi conhecido desde o início do mercado e do consumo de massa.

A questão é que o avanço do crédito no país, somado à remuneração das instituições financeiras leva, quase que obrigatoriamente, a uma situação de insolvência (repita-se, de pessoas físicas e jurídicas). Não é raro denominar as dívidas de cartões de crédito e cheque especial como impagáveis (em virtude da taxa excessivamente alta dos juros aplicados⁹²). Ainda assim, não se pode ignorar a previsão

⁹¹ Apenas para ilustrar a necessidade de endividamento das parcelas mais pobres da população, em pesquisa elaborada por KAMAKURA; MAZZON (2013) que divide as classes sócias no Brasil em 7 (sete) estratos socioeconômicos, apenas 28% da população brasileira tem microcomputadores, 33,4% tem automóvel, 91,7% geladeira, 93,8% TV em cores etc. Em outras palavras, o potencial de consumo dos estratos mais baixos da sociedade brasileira ainda é imenso e o acesso ao crédito é um elemento fundamental para a o desenvolvimento desta parcela da população.

⁹² Em agosto de 2016, em pesquisa realizada pela ANEFAC, a taxa de juros do cartão de crédito chegou a inacreditáveis 451,44% ao ano, enquanto que a taxa de juros do cheque especial foi de (também inacreditáveis) 296,33%. A pesquisa

constitucional de proteção ao consumidor e à “força normativa” do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente no atendimento ao denominado “mínimo existencial”.

E se há necessidade de proteção a determinadas pessoas ou grupos, a moderna dogmática dos direitos fundamentais reconhece que o Estado se vincula a esses deveres (de proteção), tem uma obrigação de agir, na medida do possível, para assegurar sua efetividade. Significa que a ordem jurídica, especialmente pelos valores inseridos na Constituição Federal (e a proteção ao consumidor é um deles), por meio dos direitos fundamentais, garantem não apenas pretensões de defesa perante o Estado – função clássica – já que transferem ao próprio Estado deveres genéricos e específicos de proteção. (DUQUE, 2014)

É de se considerar, da mesma forma, que a própria “autonomia da vontade”, em uma sociedade de consumo (ou hiperconsumo) não é algo que se possa considerar de forma absoluta, menos ainda para os que sofrem os severos efeitos do superendividamento⁹³. Já não era adequado tratar a autonomia de forma absoluta desde o século XIX, quando o denominado agora de “dirigismo estatal nos contratos” acabou por estabelecer conteúdos mínimos nos contratos de trabalho, bem como limites para a validade destes contratos, tudo sob a influência dos movimentos operários da época.

É razoável acreditar que a medida em que essas “novas necessidades” passam a compor um núcleo fundamental das pessoas, sua satisfação deixe de ser um mero deleite ou luxo e passe a ser algo a ser buscado de forma incessante. E o superendividamento, como uma consequência indesejada e excepcional da sociedade de consumo, deve

informa ainda que a taxa de juros do cartão de crédito é a maior aplicada desde outubro/1995 (quando era de 459,53% ao ano). Disponível em <https://ssl.anefac.com.br/uploads/arquivos/2016913151432679.pdf>. Acesso em 5 de setembro de 2016.

⁹³ Pesquisa realizada pelas Universidades de Harvard, Princeton, Warwick e British Columbia, com plantadores de cana da Índia, indica que os pesquisados, quando pressionados pelo endividamento, têm inclusive redução de capacidade mental (de discernimento e mesmo de compreensão), em comparação com períodos de folga no orçamento familiar, o que poderia resultar, inclusive, em estados de incapacidade civil, pelo menos em períodos de grande pressão econômica sofrida pelos consumidores. Em outras palavras, o superendividamento poderis, nesse caso e desenvolvendo o argumento da pesquisa referida, ser considerado caso de incapacidade civil (ainda que de incapacidade civil relativa, nos termos do Artigo 4º, do Código Civil). Sobre o assunto, ver DUQUE (2014, p. 157 e ss.)

ser combatido para a preservação dos direitos fundamentais dos consumidores superendividados.

5 O SUPERENDIVIDADO E A NECESSIDADE DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O superendividado já foi definido com aquele que não tem condições de pagar todas as suas dívidas, atuais e futuras. A característica que se sobressai no conceito, entretanto, é o fato de que, tanto na doutrina como no próprio Projeto de Lei nº 3.515/2015, que trata sobre o tratamento e a prevenção ao superendividamento, os limites suportados pelo ordenamento para que um mero endividamento não se transforme em superendividamento é o mínimo existencial.

Embora de contornos fluidos, especialmente pela dificuldade de delimitação das necessidades básicas, a referência de mínimo existencial vem sendo utilizada, embora não se estabeleça expressamente essa vinculação, em leis diversas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Apenas para exemplificar, embora não defina o que é o mínimo existencial, nem qual o percentual necessário para sua satisfação ou mesmo se há um valor mínimo universal (aplicável a todas as pessoas) para sua proteção, a Lei nº 8.692/1993, que trata sobre uma das modalidades de financiamento imobiliário, por meio do Sistema Financeiro de Habitação-SFH, tem como limite de endividamento o percentual de 30% de comprometimento de renda para o pagamento dos encargos mensais⁹⁴.

Outra lei que trata de concessão de crédito, a Lei nº 10.820/2003 (conhecida como lei do crédito consignado), também estabelece um percentual próximo de comprometimento de renda para pagamento dos empréstimos com desconto direto na folha dos empregados e pensionistas. Neste caso, o percentual tem o limite de 35% (sendo 5% exclusivos para despesas de cartão de crédito) de comprometimento de renda.

Ambas as leis referidas têm uma clara preocupação na definição dos percentuais referidos: que as obrigações oriundas daquele contrato estejam em um patamar razoável para seu adimplemento, comprometendo parte significativa da renda dos beneficiários dos empréstimos, mas, ainda assim, preservando sua renda e patrimônio para outros compromissos (também essenciais).

⁹⁴ Lei nº 8.692/1993, Art. 2º. Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.

E embora não se tenha legislação específica sobre o percentual máximo de comprometimento de renda com o pagamento de dívidas, há no país, pessoas (consumidores) superendividados que, por inúmeras questões, chegam a ter praticamente todo o seu rendimento comprometido com pagamentos de dívidas, especialmente as mais frequentes como cartão de crédito, cheque especial, e crédito pessoa (consignados ou não). E, mesmo com a omissão legislativa, não se pode ignorar um problema que afeta diretamente direitos fundamentais desses superendividados, sendo possível reconhecer no atual ordenamento jurídico, possibilidades de encaminhamento para a solução no caso concreto, ou pelo menos para que, mesmo sem resolver de forma definitiva, sejam preservados os direitos fundamentais dos consumidores.

5.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS

Inicialmente, é essencial destacar que o conceito e extensão dos direitos fundamentais não deixam dúvidas sobre a necessidade de sua aplicação a todos. Ainda que haja eventual ponderação sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais, não há dúvidas sobre sua adequação quando não há sequer conflito entre direitos fundamentais e sim um debate sobre a possibilidade de aplicação ou de incidência sobre relações jurídicas estabelecidas entre particulares, no caso específico, das relações de consumo.

Se a observância aos direitos fundamentais parece óbvia quando se trata dos órgãos estatais, que se encontram diretamente relacionados aos deveres gerais de proteção, também é correto, como afirma SARLET (2011), que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais aplicam-se a toda ordem jurídica e social, especialmente levando em consideração as características das relações de consumo e a (hiper) vulnerabilidade dos consumidores, exatamente com o objetivo de proteção do abuso de poder econômico e social tão facilmente detectável nas relações de consumo, mais especialmente ainda nas relações com as instituições financeiras.

E se, ainda de acordo com SARLET (2011), é correto afirmar que até mesmo os direitos sociais (prestacionais) envolvem uma necessidade de atuação positiva do Estado para proteção e segurança social para compensar desigualdades fáticas, ao mesmo tempo, asseguram e protegem uma certa esfera de liberdade e proteção de determinados bens jurídicos para determinadas parcelas da população, exatamente em virtude de sua maior vulnerabilidade. Isso aconteceu com o

fortalecimento (ou seria constitucionalização) do direito do trabalho e, agora, aponta para uma maior efetividade em relação ao direito do consumidor.

E esta relação passa exatamente pelo conceito de mínimo existencial, já indicado no primeiro capítulo deste trabalho, já que os inúmeros fatores que levam ao superendividamento do consumidor criam uma situação de clara ofensa ao direito ao mínimo existencial dos consumidores, existindo a necessidade de, em muitos casos, intervenção judicial nas relações contratuais para fazer prevalecer esse direito.

Não se trata de ignorar que, regra geral, a intervenção estatal (seja ou não do judiciário) na esfera privada da vida das pessoas, especialmente em relação aos atos de expressão de autonomia da vontade, representa uma atitude indevida que, em alguns (muitos) casos, acaba por restringir, em maior ou menor grau, a liberdade das pessoas atingidas. Não é o caso também de considerar, que todos os contratos possam (ou devam) ser alterados por decisão judicial.

A questão aqui é pontual e deve ser entendida dentro dos parâmetros conceituais destacados no trabalho, tanto para o superendividamento quanto para a extensão do conceito de mínimo existencial. Consumidores superendividados, independente do motivo que os levou a essa situação, têm direito fundamental às condições materiais que representam uma vida com dignidade (mínimo existencial como uma proteção a um conjunto de bens jurídicos que possibilitam uma vida digna). É um direito fundamental, indisponível e que, exatamente por isso, não pode ser ignorado pelo Estado, cabendo perfeitamente a intervenção nas relações jurídicas (inclusive as contratuais) que o afrontem.

O mínimo existencial decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser aplicado diretamente, procurando alcançar sua máxima eficácia possível nos contratos de consumo, para que estes deixem de avançar exageradamente nos rendimentos dos consumidores a ponto de obstruir o acesso a itens de primeira necessidade.

As operações bancárias a prazo são a principal fonte do superendividamento, especialmente, como já dito, as operações de cartão de crédito, cheque especial, crédito pessoal (consignado ou não), financiamento de veículos e financiamento da casa. E embora não seja possível adquirir bens em um prazo muito menor, já que a renda obtida por grande parte da população brasileira não permite uma aquisição dos produtos à vista, é necessário que o crédito seja concedido com maior responsabilidade pelas instituições financeiras.

A responsabilidade na concessão de crédito evitaria, ou diminuiria a índices insignificantes, a possibilidade de um consumidor não ter condições de adimplir suas obrigações. Financiamentos sem indicar custo total da operação, concessão de crédito sem deixar claro a taxa de juros efetivamente aplicada e, mais que tudo, empréstimos que não verificam sequer se o consumidor já está inadimplente com outras obrigações (empréstimo sem consulta ao SERASA e SPC!!! Crédito para negativados!!!), não podem figurar no rol de relações jurídicas exemplos de boa-fé (mais uma vez aqui fazendo referência à boa-fé objetiva – dever de cuidado).

Entretanto, se essas operações, da forma como são propagandeadas, trazem benefícios às instituições financeiras, o mesmo não se pode dizer em relação a alguns dos tomadores de crédito, que acabam comprometendo parte significativa de sua renda com o pagamento das prestações dos empréstimos contratados. Este é um ponto importante a debater, qual seria o grau (percentual) máximo de endividamento com operações financeiras que uma pessoa (ou família) poderia suportar sem atingir o mínimo existencial. Esta questão não tem uma resposta específica na legislação brasileira, mas se há (ao menos em tese, pode haver) ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (inobservância de preservação do mínimo existencial) em ter quase a totalidade da renda comprometida com operações financeiras, é preciso encontrar a melhor resposta possível no ordenamento jurídico para garantia do princípio constitucional. E a resposta precisa ser construída agora, mesmo considerando que as alterações legislativas previstas para o Código de Defesa do Consumidor-CDC sejam realizadas em um futuro próximo⁹⁵.

Sobre o tema, há importante variação dependendo do nível de renda da pessoa analisada. Apesar de se ter uma ideia de percentual sobre a renda, é razoável também considerar que o valor mínimo para garantir a a dignidade da pessoa humana em relação à sua dimensão material (mínimo existencial) é um dado relativamente objetivo. Assim, seria possível imaginar um valor mínimo por família, já que de acordo com NERI (2011, p. 69) “há solidariedade interna na transformação dos proventos em consumo”, que pudesse, considerando o contexto

⁹⁵ Há vários projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e que trazem importantes alterações no texto do CDC, especialmente o PL nº 3.515/2015, que trata do superendividamento.

socioeconômico brasileiro, indicar o mínimo possível necessário para a existência digna⁹⁶.

Entretanto, ainda que fosse possível considerar que uma pessoa ou família com maior renda possa comprometer um percentual maior de seus vencimentos para pagamentos de suas obrigações, também é razoável supor, especialmente para aqueles que têm sua vulnerabilidade agravada pela pobreza, que o debate tem poucas consequências práticas para as finalidades deste trabalho, levando em consideração que o valor recomendado para o “salário mínimo necessário” pelo DIEESE (R\$ 3.991,40) fica bem acima da renda dos (hiper)vulneráveis agravados pela pobreza e até mesmo da renda de parte dos componentes da classe média brasileira (pelo menos da denominada classe média inferior).

Este é o recorte necessário para que não se amplie demasiadamente a possibilidade de intervenção estatal na autonomia da vontade. Trata-se de como garantir o mínimo existencial aos consumidores superendividados das classes mais baixas da estratificação socioeconômica brasileira.

Além do visível comprometimento de parte significativa da renda dos superendividados (que decorre do seu próprio conceito), é importante destacar que as operações financeiras, de qualquer estrato social e não apenas para os superendividados, podem apresentar garantias ou facilidades extras para o adimplemento. Logo, alguns dos contratos de consumo estabelecidos pelas instituições financeiras exigem garantias reais (especialmente o contrato de alienação fiduciária), o que facilita o adimplemento das obrigações, como é o caso dos financiamentos imobiliários e boa parte dos financiamentos de veículos (em que o *leasing* também é utilizado como modelo contratual⁹⁷).

⁹⁶ Apenas como exemplo, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos-DIEESE, com base na previsão constitucional sobre o salário mínimo (CF, art. 7º, IV), no Decreto-Lei nº 399/1938 (que instituiu as Comissões de Salário Mínimo) e no custo da cesta básica de alimentos, construiu uma metodologia de abrangência nacional que estabelece o valor de R\$ 3.991,40, em agosto de 2016, para uma família composta por dois adultos e duas crianças. Este parâmetro leva em consideração as despesas necessárias para satisfação das “necessidades vitais básicas (do trabalhador) e às de sua família e cujo valor é único para todo o país”. O DIEESE denomina este valor de “salário mínimo necessário” e divulga sua pesquisa mensalmente. Disponível em <http://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica2016.pdf>.

Acesso em 30 de setembro de 2016.

⁹⁷ O *leasing* ou arrendamento mercantil é um contrato em que o bem somente passa para a propriedade do devedor (arrendatário) após o pagamento integral do

E ainda existem as inúmeras operações de créditos que, embora não possam ser classificadas como portadoras de garantias reais ou pessoais (fidejussórias), acabam gerando um efeito próximo a o de uma garantia. Um exemplo é a operação de empréstimo pessoal que ficou conhecido como crédito consignado, em que o devedor (tomador do empréstimo) tem as parcelas descontadas em sua própria fonte de pagamento, diminuindo significativamente a inadimplência dos contratos, já que os responsáveis pelo pagamento passam a ser as empresas ou órgãos em que os devedores trabalham (ou recebem aposentadoria). O risco das instituições financeiras, nestes casos, é por conta de eventuais desligamentos dos empregados (devedores), ainda mais restrito por conta do volume de empréstimos aos servidores públicos estáveis e aos aposentados.

Uma outra estratégia comum das instituições financeiras é realizar as operações de crédito com o denominado “débito automático” das parcelas. Assim, a instituição financeira não espera o pagamento voluntário do devedor, no dia apazado, mas simplesmente desconta o valor relativo a prestação na conta corrente mantida pelo consumidor no estabelecimento bancário, muitas vezes inclusive avançando no cheque especial do correntista. Embora o débito automático não seja uma garantia de pagamento, porque não se pode antever a existência de fundos na data do vencimento, muitas vezes impede que o consumidor administre livremente os seus recursos, escolhendo inclusive quem pagar em caso de extrema necessidade. A instituição que empresta recebe antes, muitas vezes, do que outras dívidas tão ou mais importantes (como dívida de aluguel, mensalidades escolares, supermercados ou mesmo pensão alimentícia – caso não seja diretamente descontada em folha).

A questão que se pretende enfrentar neste trabalho parte do pressuposto que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta saídas para a preservação do mínimo existencial dos superendividados, mais ainda daqueles que pertencem a um grupo hipervulnerável. E sem querer invadir competência legislativa, é possível utilizar a legislação já existente para apontar possibilidades do tratamento ao superendividado, possibilitando a adequação dos contratos de consumo firmados com as instituições financeiras aos limites constitucionais estabelecidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda que seja necessária uma integração do ordenamento jurídico, já que não há uma regulamentação específica sobre o assunto, é razoável acreditar que, como algumas decisões já

valor da dívida. A garantia do credor (arrendador), portanto, é o próprio bem que continua em seu patrimônio. É um contrato assemelhado ao contrato de locação.

entendem, a situação do superendividado necessita de resposta adequada e atual, sob pena de grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2 LIMITES AO COMPROMETIMENTO DE RENDA DOS CONSUMIDORES PARA EVITAR O SUPERENDIVIDAMENTO

A questão relevante é saber de que forma o ordenamento jurídico poderia garantir o direito ao mínimo existencial dos consumidores superendividados. Sempre que se fala em superendividamento, um dos temas sempre abordados é a educação e a informação ao consumidor. De fato, é necessária a construção de uma cultura de maior reflexão no momento da assunção de obrigações mais longas e que possam comprometer o nível de vida das famílias. Entretanto, com o já referenciado neste trabalho (segundo capítulo), o consumo exagerado não é uma situação pontual, que pode ser facilmente contornada com lições de cidadania e consumo responsável nas escolas e em entidades da sociedade civil.

O consumo exagerado é uma característica da sociedade contemporânea, que precisa da criação de novas necessidades para a comercialização de novos produtos. E o apelo ao consumo desenfreado não é algo fortuito, mas decorrente de uma exitosa estratégia industrial de propaganda. Logo, imaginar que uma espécie de “educação para um consumo mais responsável”, embora importante, seja capaz de resolver os problemas de consumismo na sociedade contemporânea é uma ideia que confronta a própria forma de desenvolvimento da indústria de massa. É mais provável que o consumo, ainda que bens não tão necessários assim, continue em forte expansão em países como o Brasil, que ainda têm enorme quantidade de pessoas alijadas das benesses da industrialização, que somente podem ser acessadas por meio da aquisição e produtos⁹⁸.

Assim, embora o tema educação seja uma necessidade, em todos os níveis, há situações já calamitosas que precisam de uma solução imediata. Da mesma forma, por mais que as regulamentações sobre as informações necessárias para o consumidor estejam também evoluindo, especialmente em relação aos riscos dos produtos, indicação de conteúdo

⁹⁸ Sobre o assunto, entre outros, ver o já citado KAMAKURA; MAZZON (2013), que trata das potencialidades de consumo da denominada “nova classe média” brasileira, bem como BARBER (2009), sobre as estratégias desenvolvidas pela indústria em relação ao consumo infantil.

etc., alguns grupos de consumidores ainda têm grande dificuldade de acesso às informações necessárias, além de, muitas vezes, mesmo com as informações disponíveis, continuarem sem entender adequadamente seu conteúdo. São os hipervulneráveis já referidos neste trabalho e, neste caso em especial, a garantia ao mínimo existencial é uma questão que ultrapassa o princípio da autonomia privada, exigindo uma postura ativa do Estado, por meio do que se convencionou denominar de dirigismo contratual.

Por isso, partindo do pressuposto que há uma situação de severo desequilíbrio, a atuação estatal estabelece casos em que determinadas dívidas têm limite para serem assumidas. Tanto por meio de leis já em vigor, como por meio de projetos de lei (em andamento no Congresso Nacional), há uma tendência em limitar o comprometimento de renda dos consumidores e, assim, restringir o alcance ou possibilidade de superendividamento.

5.2.1 A lei nº 10.820/2003 (lei do crédito consignado) e o limite máximo de comprometimento de renda disponível

Um dos responsáveis pela recente expansão do crédito brasileiro, especialmente aos pertencentes às classes sociais mais baixas, foi o desenvolvimento de um tipo de financiamento que permitiu associar taxas de juros mais baixas com o crescente desejo de consumo de bens pela “nova classe média brasileira”: o contrato de crédito consignado. Ainda é importante reconhecer que a análise da adoção do crédito consignado ainda não está finalizada, já que seus efeitos ainda estão sendo sentidos, e suas repercussões, por isso mesmo, ainda estão em aberto.

Em 2006, poucos anos após a entrada em vigor da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003 (conversão da Medida Provisória nº 130/2003), o então e também atual presidente do Banco Central do Brasil-BCB, Henrique de Campos Meirelles, em palestra proferida na Associação Comercial de São Paulo⁹⁹, afirmou que um dos principais motivos para o crescimento econômico experimentado na época era a consolidação do crédito consignado. O motivo apontado era o aumento verificado no crédito às pessoas físicas e a qualidade deste crédito, que apresentava um custo menor para os tomadores (devedores) e uma maior

⁹⁹ Resumo da palestra “A importância do crédito ao consumo”, realizada em junho de 2006. Em forma de apresentação, disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/Pres/A%20Importancia%20do%20Credito%20ao%20Consumo.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

segurança de recebimento para as instituições financeiras. Apontava também que o aumento experimentado na época, embora fosse significativo, ainda estava longe de esgotar as possibilidades de crescimento na oferta de crédito, já que a relação Crédito/PIB no Brasil (31,6% na época) era muito inferior a outros países do mundo, especialmente os desenvolvidos, que chegavam a mais de 100% de volume de crédito em relação ao PIB (entre eles os EUA, a Alemanha e o G-7). Além disso, possibilitava o acesso ao crédito dos aposentados, uma ampliação significativa do universo geral de beneficiários.

O crédito consignado, como já referido neste trabalho, é a possibilidade de adquirir empréstimo com o desconto das prestações diretamente pelo empregador (ou órgão pagador da aposentadoria), que transfere o valor devido às instituições financeiras, sem que passe pela conta bancária do devedor. Este sistema permite baixíssimo grau de inadimplência, o que também permite, a cobrança de menores taxas de juros pelo sistema financeiro. Em rápidas palavras, parece ser uma medida atraente para todas as partes envolvidas e, também como já dito, foi um dos pilares do aumento de crédito às pessoas físicas experimentado recentemente.

Entretanto, não é apenas a garantia do pagamento da dívida às instituições financeiras que pode explicar o sucesso da adoção do crédito consignado¹⁰⁰. Uma outra preocupação foi destacada na elaboração do

¹⁰⁰ A Lei dos Consignados foi uma das grandes responsáveis pelo aumento significativo do volume de crédito aos consumidores. Embora este aumento possa ser considerado um aspecto positivo para a economia, especialmente em função do aumento do poder de compra de parte da população que estava (está) sendo inserida em um mercado de consumo, a lei também apresenta aspectos negativos. Inicialmente, é importante destacar que o surgimento da lei atingiu principalmente “novos consumidores” de crédito. A expressão “novos” decorre do fato de que usualmente esses consumidores eram rechaçados pelas instituições financeiras por não possuírem o perfil de crédito (renda) adequado. Depois da lei, especialmente pela possibilidade de desconto em folha (e de forma ainda mais específica, nas aposentadorias), esses consumidores passaram a ser aceitos, já que o crédito consignado praticamente anula o risco das instituições financeiras, sendo uma fonte de lucratividade garantida. A inserção desses consumidores trouxe inúmeros problemas de endividamento para algumas categorias de consumidores hipossuficientes, em especial os idosos. Sobre o assunto, ver, entre outros, CAVALLAZZI; DOLL, 2016. Outra pesquisa que aponta para um comprometimento significativos dos idosos é a obra de BERTONCELLO (2015). Esta última pesquisa, entretanto, tem uma amostragem específica de consumidores (da Comarca de Sapiiranga, no Rio Grande do Sul, realizada entre os anos de 2007 a 2010, com a realização de 254 procedimentos).

texto legislativo. Pela atual redação da Lei nº 10.820/2003¹⁰¹, apenas 35% do valor total da remuneração percebida pelo devedor pode ser comprometida com o pagamento do crédito consignado.

O percentual de comprometimento máximo da renda possibilita verificar o cuidado da legislação em não onerar demasiadamente os tomadores de crédito. No caso específico da lei, o percentual incide sobre a denominada remuneração disponível, que é a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias¹⁰² (como a contribuição previdenciária, a pensão alimentícia judicial, o imposto de renda, decisão judicial ou administrativa etc.¹⁰³). O percentual máximo (que era de 30% no início) tenta restringir as operações financeiras, ou pelo menos o comprometimento da renda dos tomadores de empréstimos, a um patamar que não atinja o núcleo essencial da vida dos consumidores, muitos deles aposentados.

Embora a iniciativa da lei e a instituição de um crédito com “garantia” de pagamento irrevogável e irretroatável garantido por lei (Art.

¹⁰¹ A Lei nº 10.820/2003 vem sofrendo alterações legislativas, da mesma forma que os seus regulamentos. O texto original da lei previa o desconto máximo de 30% da remuneração disponível e foi alterado para aumentar a parcela consignável para o pagamento de dívidas oriundas do cartão de crédito.

¹⁰² É importante destacar que há importante diferença entre as consignações compulsórias e as consignações facultativas, sendo que os limites de comprometimento de renda dizem respeito apenas às últimas (facultativas).

¹⁰³ O Decreto nº 4.840/2003 estabelece os conceitos de remuneração básica e as consignações compulsórias, essenciais para chegar ao conceito de remuneração disponível, valor que incide o percentual de 35%. Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: [...]

§ 1º Para os fins deste Decreto, considera-se remuneração básica a soma das parcelas pagas ou creditadas mensalmente em dinheiro ao empregado, excluídas: I - diárias; II - ajuda de custo; III - adicional pela prestação de serviço extraordinário; IV - gratificação natalina; V - auxílio-natalidade; VI - auxílio-funeral; VII - adicional de férias; VIII - auxílio-alimentação, mesmo se pago em dinheiro; IX - auxílio-transporte, mesmo se pago em dinheiro; e X - parcelas referentes a antecipação de remuneração de competência futura ou pagamento em caráter retroativo.

§ 2º Para os fins deste Decreto, considera-se remuneração disponível a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias, assim entendidas as efetuadas a título de: I - contribuição para a Previdência Social oficial; II - pensão alimentícia judicial; III - imposto sobre rendimentos do trabalho; IV - decisão judicial ou administrativa; V - mensalidade e contribuição em favor de entidades sindicais; VI - outros descontos compulsórios instituídos por lei ou decorrentes de contrato de trabalho.

1º, *caput*) seja passível de inúmeras críticas¹⁰⁴, o que se pretende aqui é debater eventuais parâmetros para aplicação do conceito de mínimo existencial, em especial às obrigações decorrentes das operações financeiras. Da análise do texto legal, é possível reconhecer que, apesar de limitar o percentual de comprometimento da renda com os empréstimos consignados, há espaço para mais endividamento do tomador de crédito.

O Decreto nº 4.840/2003, que regulamenta o desconto de prestações em folha de pagamento, indica claramente que outras consignações (judiciais ou previstas em lei) podem ser realizadas, diminuindo, desse modo, a abrangência do valor do empréstimo consignado, já que diminui sua base de cálculo (remuneração disponível). Ainda assim, o referido Decreto estabelece um parâmetro interessante para o debate proposto neste trabalho.

Enquanto o percentual máximo de 35% (trinta e cinco por cento) vai incidir sobre a remuneração disponível, com os devidos descontos de outras obrigações já assumidas pelo consumidor (Decreto nº 4.840/2003, Art. 2º, § 2º), deve-se ainda considerar a existência das denominadas consignações voluntárias, que são definidas como aquelas que, embora autorizadas pelo empregado, não estão relacionadas às operações de crédito consignado. Assim, é possível, e os dispositivos em comento autorizam, que a soma das obrigações do crédito consignado com outras operações (voluntárias) ultrapassem os 35% (trinta e cinco por cento) previstos de comprometimento da renda disponível.

Neste caso, o Decreto nº 4.840/2003 vai estabelecer que o total das consignações (que têm, portanto, desconto direto na folha de pagamentos), incluindo todas as operações referidas no artigo 1º (pagamento das prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil), não poderá exceder a 40%

¹⁰⁴ Algumas críticas fazem referência à intangibilidade e livre disposição do salário, que não poderia ser “dado em garantia de forma irrevogável e irreatável”, priorizando uma dívida (dos Bancos) em detrimento de outras (inclusive a pensão alimentícia não ajuizada). Além disso, muitas críticas foram direcionadas ao fato da lei representar um estímulo exagerado para grupo de pessoas com vulnerabilidade agravada (especialmente os aposentados) e teria contribuído para uma deterioração da qualidade de vida dessas pessoas, que passaram a ter dívidas “supérfluas” (algumas inclusive para satisfazer a necessidade ou desejo de outras pessoas da família). Sobre o assunto: OLIVEIRA (2006); FERREIRA (2012).

(quarenta por cento) da remuneração disponível, conforme definida no mesmo regulamento.

Em qualquer das hipóteses previstas pela lei e regulamento, é possível verificar que os limites dizem respeito apenas ao desconto em folha para pagamento das prestações das operações de crédito consignado. Foge da previsão legal, porém, os inúmeros outros financiamentos (operações de crédito) que podem ser livremente pactuados pelo consumidor. Assim, o superendividamento não decorre exclusivamente do crédito consignado (ou como será visto do crédito imobiliário).

A questão do superendividado por operações de crédito é mais complexa, porque decorre da soma de várias operações: créditos consignados (que respeitam o limite da lei), crédito imobiliário, financiamento de veículos, cartão de crédito, cheque especial e outras operações de crédito feita com instituições financeiras e que, diante do limite legal dos consignados já atingidos pelo consumidor, não são enquadradas como consignados, aumentando o risco para a instituição financeira e também o custo do dinheiro para o tomador (especialmente a taxa de juros).

A prevenção de um percentual máximo de comprometimento que a lei estabelece, portanto, não atinge outras operações bancárias. E a renda que estaria disponível para necessidades básicas (tais como alimentação, aluguel, educação, saúde) é, algumas vezes, ocupada por outros compromissos com instituições financeiras, em uma ciranda sem fim que afronta inegavelmente direitos fundamentais do superendividado.

De qualquer forma, não se pode imaginar que a “Lei do Consignado” tivesse a finalidade ou pretensão de regulamentar limites para a contratação de operações de crédito em geral. Ainda assim, embora não evite a sucessão de contratações de operações de crédito, indica claramente um parâmetro para tornar aceitável o comprometimento da renda do consumidor com as operações financeiras. E este parâmetro não é de todo estranho ao ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.2 A consignação em folha de pagamento no âmbito do sistema de gestão de pessoas do poder executivo federal) e o limite máximo de comprometimento de renda

O funcionalismo público federal também tem limites máximos para o comprometimento de renda estabelecidos em lei própria (no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, Lei nº

8.112/1990¹⁰⁵) e regulamentado pelo Decreto nº 8.690/2016. Em ambos os casos, a limitação está estabelecida em 35%, da mesma forma que a atual redação da lei dos consignados, que estabelece 30% para as consignações facultativas e 5% para amortização de despesas oriundas de dívidas de cartão de crédito.

A ideia é mesma que orienta outras leis que tratam do mesmo assunto: a proteção ao salário como prerrogativa de efetividade do mínimo existencial, estabelecendo limites reconhecidos em cerca de um terço dos vencimentos do funcionário público.

O Decreto nº 8.690/2016 amplia o público inicialmente atingido pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União e acrescenta os “empregados, militares, aposentados e pensionistas cuja folha de pagamento seja processada pelo sistema de gestão de pessoas do Poder Executivo federal” (art. 1º, II). Assim, a facilitação ao crédito, objetivo inicial da criação do crédito consignado, em uma época de forte expansão dessa atividade creditícia no país, no caso específico daqueles que recebem do poder executivo federal.

5.2.3 O Projeto de Lei (PLS) nº 3.515/2015 – proposta de tratamento ao consumidor superendividado

O ingresso de consumidores com a vulnerabilidade agravada pela pobreza no mercado de consumo é uma questão relativamente nova no país. Ainda que se verifique o natural consumo de subsistência em todas as estratos socioeconômicos, é a inclusão de milhões de pessoas no mercado de crédito que trouxe uma nova dimensão para a questão do endividamento (ou superendividamento). Os volumes negociados, muito mais pelo aumento expressivo de pessoas do que pelos montantes individualmente considerados, acabaram por tornar a questão do endividamento exagerado e sua relação com a garantia do mínimo existencial uma questão central.

¹⁰⁵ Lei nº 8.112/91, Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

§ 1º Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

§ 2º O total de consignações facultativas de que trata o § 1º não excederá a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração mensal, sendo 5% (cinco por cento) reservados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou
II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

MARQUES (2011), ao tratar sobre as várias formas de defesa dos consumidores, inclusive das possibilidades de revisão contratual, analisando o comportamento da jurisprudência nacional sobre o tema, especialmente do Superior Tribunal de Justiça-STJ, admite que nos últimos anos, algumas teses favoráveis aos consumidores acabaram por arrefecer a sua força (especialmente algumas teses de revisão contratual em torno de cláusulas contratuais de fixação de juros considerados abusivos), mas avalia também que novas tendências, em especial a da proteção do mínimo existencial em prevenção do superendividamento, ganharam em importância.

E a centralidade do tema do superendividamento em um mercado de crédito aquecido, levantou a importância e mesmo necessidade de uma legislação específica para tratar do assunto, já que o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/1990) não tratou de forma específica sobre o tema, que naquela época ainda não tinha a dimensão que tem atualmente.

De acordo com a legislação atual, o superendividado, levando em consideração o conceito já indicado neste trabalho, poderia ser considerado um devedor insolvente, pela impossibilidade de pagamento de suas dívidas. A insolvência civil é um instituto que tem expressa previsão legal, uma espécie de “falência da pessoa física”, mas que não aborda de forma adequada o fenômeno, muito menos preserva qualquer direito do superendividado, a partir do momento que possibilita a decretação de insolvência e, com isso, a execução de seus bens em uma espécie de concurso de credores. A própria insolvência civil, que pode ser conceituada como a situação em que as dívidas ultrapassam a importância de seus bens, em um conceito próximo ao de superendividamento, deixou de ter previsão específica no atual (novo) Código de Processo Civil-CPC (Lei nº 13.105/2015), sendo apenas uma condição para que se possa ensejar o concurso universal de credores¹⁰⁶.

E para evitar a “falência da pessoa física”, vários ordenamentos jurídicos passaram a desenvolver leis específicos para tratar do fenômeno

¹⁰⁶ A insolvência civil apenas possibilita uma forma de execução específica dos bens do devedor insolvente. Ainda é regida pelos dispositivos do CPC/1973 (Lei nº 5.869/1973), de acordo com o art. 1052 do Novo CPC (Lei. 13.105/2015). E como já dito, a decretação de insolvência civil possibilita o surgimento de um concurso de credores, para a execução dos bens (penhoráveis) do devedor. Não é o que mais afeta ao superendividamento, que já que o foco é o comprometimento de renda dos superendividados e não a penhora de eventuais bens disponíveis, lembrando que o salário, regra geral, é impenhorável.

do superendividamento, especialmente em países desenvolvidos que incluíram há muito mais tempo sua população no mercado de crédito (consumo). Países como os Estados Unidos da América, Canadá, França, Inglaterra e Alemanha desenvolveram suas legislações, muitas das quais resultado de jurisprudência e analogia à concordata comercial, para permitir renegociação e parcelamento das dívidas das pessoas físicas. O desenvolvimento dessas legislações possibilita, e este é o seu principal objetivo, que os devedores possam equacionar suas dívidas e continuar atuando, ainda que de forma mais tímida, na sociedade de consumo. (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010)

No Brasil, a proposta legislativa, como já dito, foi elaborada por uma Comissão de Juristas, por conta do aniversário de 20 (vinte) anos do Código de Defesa do Consumidor-CDC, em 2010. A proposta legislativa, de alteração do CDC, foi apresentada no Senado Federal (PLS nº 283/2012), sob a autoria do Senador José Sarney (PMDB-AP), que em sua justificação indica a necessidade da alteração legislativa por conta do “pujante e consistente crescimento econômico brasileiro e da democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços em nosso mercado¹⁰⁷. O Projeto de Lei (PLS nº 283/2012) aprovado no Senado Federal (enviado para a Câmara dos Deputados, agora sob o nº PL 3.515/2015) cria novas seções no CDC, com os títulos “Da prevenção e do tratamento do superendividamento” e “Da conciliação no superendividamento”.

No Projeto de Lei (3.515/2015) é possível perceber que a tentativa, assim como em vários ordenamentos jurídicos que adotaram lei específica sobre o assunto, é de tentar equacionar as dívidas do consumidor, muitas das vezes com um acordo com os credores, que seriam chamados judicialmente para tratar sobre espécies de planos de pagamento das dívidas. Assim, a solução seria indicada em conjunto com todos os credores, evitando uma solução que pudesse prejudicar alguns em detrimento de outros.

No projeto, e este é um ponto importante neste debate, o valor máximo de comprometimento da renda dos consumidores superendividados seria o de 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal líquida no caso de créditos consignados (em caso de dívidas que envolvam autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento) e, no caso do consumidor

¹⁰⁷ SARNEY, 2012. Justificação ao Projeto de Lei (PLS) nº 283/2012. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

superendividado, é possível estabelecer um processo judicial de repactuação de dívidas (plano de pagamento), com prazo máximo de pagamento em 5 (cinco) anos com a obrigatoria preservação do mínimo existencial. Em qualquer caso, pelo texto apresentado e já aprovado no Senado Federal, deve-se preservar o mínimo existencial do devedor. Esta é a redação do art. 104-A, do PL nº 3.515/2015:

Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

Embora o PL nº 3.515/2015 indique expressamente a necessidade de preservação do mínimo existencial, não deixa claro ou estabelece limites para a preservação do comprometimento da renda dos consumidores superendividados (salvo em casos de créditos consignados, com desconto direto na folha de pagamento do devedor). Além disso, exclui do plano de pagamento as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais, as dívidas oriundas de contratos celebrados com a manifesta intenção de não realizar o pagamento e as dívidas oriundas de contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural¹⁰⁸.

Não havendo acordo, a decisão judicial, levando em conta os mesmos parâmetros, decidiria compulsoriamente sobre o plano de pagamento, estando o consumidor excluído dos cadastros de restrição de crédito (bancos de dados de inadimplentes).

Apesar de limitar o percentual de comprometimento de renda em caso de empréstimos consignados, o PL nº 3.515/2015 não indica parâmetros objetivos para a preservação do mínimo existencial. Se outras dívidas resultantes de operações financeiras comprometerem de forma significativa a renda do superendividado, o referido projeto de lei não

¹⁰⁸ Art. 104-A. [...] § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.

deixa claro de como uma solução seria adotada, mais ainda levando em consideração que o tempo máximo de parcelamento das dívidas seria de cinco anos. E mais ainda quando exclui do plano de pagamento outras dívidas que coexistem com as resultantes do crédito consignado e de outras operações financeiras, especialmente as dívidas de crédito imobiliário e as fiscais e parafiscais.

5.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ANALOGIA PARA FIXAÇÃO DE LIMITE MÁXIMO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA PARA AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS

O pensamento analógico é bastante frequente no mundo jurídico. Inserida como uma das técnicas possíveis para a resolução de lacunas, de acordo com o texto do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB (antiga LICC, Decreto-Lei nº 4.657/1942)¹⁰⁹, a analogia é usada com frequência para indicar soluções para casos que ainda não têm uma legislação específica que os regulamente.

A mesma previsão sobre a aplicação da analogia para a solução de problemas ainda não adequadamente legislados (ou mesmo não legislados de forma específica), como o caso do superendividamento, aparece de forma expressa no próprio Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/1990), em seu artigo 7º, quando indica que os direitos expressamente previstos na lei não excluem outros, inclusive os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade¹¹⁰. Aqui, inclusive, há uma expressa previsão de que direitos sejam reconhecidos pelo uso da analogia, não sendo, portanto, necessário que uma lei sobre superendividamento esteja em vigor para que a proteção a essa parcela hipervulnerável de consumidores seja efetivamente realizada.

A utilização da analogia como forma de integração, pressupõe, portanto, a falta de norma específica e a existência de lacunas, que

¹⁰⁹ LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹¹⁰ CDC, Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

também podem, nos termos da LINDB e do CDC (Art. 4º, da LIN e Art. 7º, do CDC), ser preenchidas com outras formas de integração (costumes, princípios e equidade).

A questão das lacunas, para FERRAZ JUNIOR (1994), trata sobre a completude ou incompletude do ordenamento jurídico. Para alguns autores, a questão da completude é uma ficção que permite ao julgador enfrentar problemas de decidibilidade com o máximo possível de segurança. Assim, partindo do pressuposto que o ordenamento jurídico é dinâmico, deve-se também pressupor que fatos ainda não previstos na legislação ocorram e, então, a completude seria um conceito que permite ao julgados (operador jurídico de maneira geral), estabelecer soluções ao caso concreto sem confrontá-lo.

Assim, a solução seria encontrada com a integração desse ordenamento, ou, em outras palavras, com o preenchimento dessas lacunas que surgiriam fundamentalmente diante do dinamismo social que, invariavelmente, produzirá situações ainda não previstas explicitamente no ordenamento jurídico.

O Autor ainda afirma que a questão das lacunas no ordenamento passa a existir a partir do paradigma jurídico moderno, quando a centralização da produção de normas jurídicas é outorgado ao Estado e o legislador passa a ser responsável pela por regular todos os comportamentos socialmente possíveis. E sobre os modos de integração do ordenamento, FERRAZ JUNIOR (1994) indica que, antes de integrar ou preencher as lacunas, é necessário a constatação de sua existência, usando os mesmos mecanismos que servem para preenche-la. Assim, o uso da analogia serve tanto para constatar a existência de uma lacuna, como também para preenchê-la, alertando que além da analogia, outros meios também podem ser utilizados para o mesmo fim e que a distinção entre todos não é das mais simples¹¹¹.

Seguindo a mesma linha de FERRAZ JUNIOR, a existência de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro (ou em qualquer ordenamento jurídico) é, nas palavras de DINIZ (2000), uma realidade inquestionável. A Autora considera que seu reconhecimento decorre das próprias limitações humanas ao estabelecer normas jurídicas, partindo do

¹¹¹ “Quando se refere aos meios de integração, a doutrina fala em analogia, costumes, equidade, princípios gerais do direito, indução amplificadora, interpretação extensiva etc. A distinção entre eles nem sempre é precisa, ora chamando-se de analogia o que para uns é interpretação extensiva e vice-versa, ora reconhecendo-se como equidade o que para outros é princípio geral de direito” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 299)

pressuposto que não é possível prever condutas ainda não existentes e que, uma vez admitida a existência das lacunas jurídicas, surge o problema de sua identificação e, posteriormente, a questão relacionada ao seu preenchimento. Primeiro porque o ordenamento jurídico brasileiro prescreve obrigações aos órgãos judicantes, não sendo possível deixar de julgar por conta de aparente ou real ausência de norma jurídica sobre o assunto, e depois porque as decisões devem ser fundamentadas, não havendo espaço para uma criação de direito, ainda que de norma individual (sentença), sem base jurídica adequada. E em vários ordenamentos jurídicos, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, assim como na LINDB, são os mecanismos utilizados para complementação do direito legislado¹¹².

E inicialmente é importante estabelecer a analogia, ou procedimento jurídico analógico como uma forma adequada de integração do ordenamento jurídico, mais especificamente no caso dos superendividados, partindo do pressuposto que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação específica para tratar da questão. Assim inicialmente é necessário constatar a existência de lacuna ao tratar do tema do superendividado para, posteriormente, verificar o meio adequado de integrar o ordenamento jurídico e estabelecer parâmetros para a decisão no caso concreto.

5.3.1 A existência de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento do consumidor superendividado

A expressão superendividamento já foi definida neste trabalho como a impossibilidade de uma pessoa física (devedor de boa-fé) pagar todas as dívidas não profissionais, exigíveis e também as vincendas. Logo, a existências de pessoas superendividadas não é um fenômeno recente, existindo provavelmente, desde que as relações comerciais existem. A questão central do tema, portanto, não é necessariamente a existência de pessoas que não conseguem adimplir as obrigações que voluntariamente (nunca desistindo da autonomia privada como um conceito a ser considerado como válido, ainda que com as mudanças estruturais de seu significado) assumiram. O tema central que ganhou

¹¹² DINIZ (2000) indica mais de uma dezena de países que adotaram expressamente em seus Códigos a analogia como forma de integração do ordenamento jurídico em caso de lacunas, alertando, inclusive, para aqueles que (como o alemão) não o fizeram expressamente, passaram a adotar como normas obrigatórias por força da jurisprudência adotada.

importância nas últimas décadas no país e que também já alcançou, em décadas anteriores, os países desenvolvidos, é a dimensão deste problema (partindo do pressuposto que a situação de superendividamento é, em si mesma, uma situação problemática para todos).

O ordenamento jurídico brasileiro não trata sobre o tema do superendividamento. A norma jurídica específica sobre a proteção ao consumidor (Código de defesa do Consumidor-CDC) é uma lei do início da década de 1990', e que, ainda que seja considerada uma lei de grande alcance e importância social, não fez qualquer previsão sobre a situação de pessoas nessas condições. E não poderia ser diferente, levando em consideração que no final dos anos 1980', o volume de crédito disponível no país para as pessoas físicas era bem menor do que o apresentado nos anos posteriores, especialmente a partir de 2003, e o país vivia uma crise econômica severa¹¹³, não havendo, naquele momento, qualquer previsão sobre a explosão de consumo que a sociedade brasileira iria experimentar décadas depois.

E tão importante quanto a expansão do crédito para corroborar a necessidade de tratamento ao superendividado é também a existência de uma crise econômica em curso, que indica recessão (queda da atividade econômica) em 2016 e projeta tempos difíceis para os próximos anos, especialmente para aqueles que melhoraram seu padrão salarial nos últimos anos, com o aumento do desemprego já assustando e diminuindo os ganhos auferidos de parte da população. Da mesma forma, é importante reiterar que o crescimento exponencial do crédito brasileiro nos últimos anos foi direcionado às classes socioeconômicas mais baixas, o que significa dizer que o aumento do crédito foi especialmente importante para os consumidores hipervulneráveis por sua condição socioeconômica ou mesmo pelo analfabetismo (ainda que funcional)¹¹⁴.

¹¹³ Apenas como exemplo da situação econômica do país, em 1990 houve uma retração no PIB de 4,35%, a maior retração anual da série histórica do BCB iniciada em 1962. Da mesma forma, é importante destacar que a segunda maior retração experimentada pela economia brasileira, em relação ao PIB, foi a de 2015 (com -3,85%). E a expectativa é de nova retração em 2016. A diferença importante é o patamar do PIB brasileiro que praticamente dobrou no período entre 1990 e 2015, e o volume de crédito negociado. Disponível em <https://www3.bcb.gov.br/srgspub/consultarvalores/consultarValoresSeries.do?method=consultarGrafico>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

¹¹⁴ Apenas para exemplificar, NERI (2011) informa que nos anos 2000, “a renda dos 50% mais pobres do Brasil subiu 67,9% contra 10,03% dos 10% mais ricos”. Da mesma forma, a renda dos analfabetos cresceu, no mesmo período, 47%.

Logo, embora os Tribunais e Juízes brasileiros¹¹⁵ venham decidindo casos que envolvem os superendividados (e não poderia ser diferente), a indicação da situação do consumidor e sua impossibilidade de adimplir suas dívidas, aparece mais como um argumento, uma situação real enfrentada pelos consumidores e que não pode ser ignorada, do que necessariamente como uma causa de decidir. Nesses casos, há uma compreensão de que o mínimo existencial deve ser garantido e, na ausência de norma definidora sobre o tratamento que deve ser dado aos superendividados, as decisões acabam por inovar no tratamento dado à matéria. Em especial pela limitação do avanço das dívidas nos salários (vencimentos) dos consumidores superendividados, mas que ainda não trata o tema (superendividamento) como fundamento (*ratio legis*) específico da decisão.

Em análise mais detalhada, as decisões (especialmente as decisões indicadas do STJ) aplicam diretamente a Lei nº 10.820/2003 (art. 2º, §2º, II). São casos em que os descontos em folha de pagamento dos funcionários/aposentados estavam acima do permitido em lei. Acima, portanto, dos (à época) 30% previstos no art. 2º, §2º, I, da Lei nº 10.820/2003¹¹⁶. Algumas decisões tratam de conflito da referida lei com leis estaduais (que possibilitam um desconto em folha maior do o permitido pela lei federal). Definem, então, pela aplicação do percentual

¹¹⁵ Todos do STJ: AgRg no Recurso Especial Nº 1.206.956 - RS (2010/0151668-9, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. AgRg no REsp 1174333/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ de 12.05.2010. AgRg no REsp 1226659/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 08/04/2011. AgRg no Ag 1381307/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 27/04/2011. REsp 1169334/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 29/09/2011. AgRg nos EDcl no AREsp 215.768/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 9.10.2012

¹¹⁶ Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites: I - a soma dos descontos referidos no art. 1º não poderá exceder a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração disponível, conforme definido em regulamento, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015) a) a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou b) a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito; e II - o total das consignações voluntárias, incluindo as referidas no art. 1º, não poderá exceder a quarenta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento.

da lei federal, fixando o percentual previsto de (à época) 30% dos vencimentos do trabalhador/aposentado, para desconto em folha.

Acontece que, nestes casos, existe legislação específica sobre o assunto e o que as decisões estabeleceram foi a aplicação da legislação federal, usando os fundamentos da limitação (superendividamento, proteção ao salário e garantia ao mínimo existencial) como justificadores da própria existência do percentual legal (hoje fixada em 35% dos vencimentos do trabalhador/aposentado).

Há casos, entretanto, que extrapolam os limites estabelecidos pela Lei nº 10.820/2003 e que, apesar disso, atingem duramente a situação de consumidores superendividados. É a situação de consumidores superendividados que têm o limite legal de desconto consignado em folha de pagamento (35%) e ainda outros muitos contratos de operações financeiras que são descontadas diretamente de sua conta corrente. Este montante (soma total das operações de crédito), muitas vezes inviabiliza completamente a situação financeira dos consumidores superendividados, gerando, inclusive, outros débitos, já que o débito automático compromete o limite do cheque especial (quando existe), gerando uma dívida praticamente impossível de ser paga.

Nestes casos, os julgadores não têm dispositivo normativo específico para aplicação direta aos casos concretos, havendo necessidade de construção de uma solução baseada nos meios de integração, diante da existência de lacuna, já que não se pode, em qualquer hipótese, afastar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por meio de sua dimensão material (mínimo existencial), na análise do caso concreto.

A inexistência de dispositivo normativo que regulamente a situação e o tratamento diferenciado ao consumidor superendividado é, portanto, perceptível. A própria existência de um Projeto de Lei (o já referido PL nº 3.515/2015) é indicativa de que ainda não há norma específica sobre o assunto e, portanto, a lacuna existente deve ser convenientemente preenchida com os métodos de integração previstos, tanto para as lacunas em geral (LINDB, art. 4º) como para as lacunas relacionadas especificamente ao direito do consumidor (CDC, art. 7º). E ainda é importante destacar que o uso da analogia, como proposto neste trabalho, não tem a pretensão de resolver o grave problema dos consumidores superendividados já que, como será visto, não tem a possibilidade de revisar contratos estabelecidos pelo consumidor (que podem ser objeto de revisão contratual específica), mas apenas de garantir o mínimo existencial, representado pela garantia de um percentual livre

de qualquer desconto resultante de operações financeiras, não tendo com finalidade extinguir dívidas ou revisar o seu valor.

5.3.2 A analogia como forma de integração do ordenamento jurídico no caso direito do consumidor

DINIZ (2000) define analogia como uma forma de integração em que um juiz (operador jurídico, de maneira geral) aplica a um caso concreto não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado. Estabelece ainda que a analogia tem fundamento na “identidade do motivo da norma e não na identidade do fato” em si. É, portanto, a aplicação de uma norma já existente e criado para um determinado caso, a outro, ainda sem determinação legal específica. E ainda que, de acordo com a Autora, não deva haver necessariamente uma identidade do fato em si, a proximidade dos fatos também sugere a possibilidade de aplicação do procedimento analógico.

Na esteira do conceito formulado por WEINREB (2008), o argumento analógico pode ser comparado a um raciocínio que encontra soluções por meio de exemplos. Em outras palavras, encontra-se uma solução ao relacionar um problema com outros problemas semelhante que tem uma solução conhecida. Esta solução conhecida poderia ser aplicada ao primeiro, que ainda não possui uma “solução própria”. Assim, partindo de casos que têm legislação aplicável, utilizam-se tais soluções para casos que apresentem semelhanças importantes com os primeiros e ainda não têm regulamentação legal.

Logo, ao analisar os casos de operações de crédito reguladas por lei, ainda que derivem de atividade privada e estejam baseadas nos princípios da livre iniciativa das partes (livre concorrência, propriedade privada, nos termos do art. 170, da Constituição Federal de 1988), em que o Estado resolveu por limitar a extensão do endividamento possível dos consumidores (ou beneficiários do crédito), é possível uma aproximação com outros tipos de financiamento que não possuem legislação específica sobre uma limitação do comprometimento de renda. Se há limitação para alguns financiamentos e a limitação tem como motivo a necessidade de preservação de uma renda compatível com a necessidades básicas da pessoa (família) envolvida, é possível fazer o mesmo, em condições especiais, para outros casos concretos (distintos dos já regulamentados).

E não há outra possibilidade de se analisar juridicamente fenômenos que surgem com as mudanças sociais. Em um sistema

marcadamente legislado como o apresentado nos países de tradição romano-germânica, a elaboração e consolidação dos institutos jurídicos por meio de legislação é uma tarefa que, regra geral, somente acontece após longo tratamento feito aos institutos pelos tribunais. Não é de todo estranho, portanto, que ainda não tenha sido elaborada regulamentação específica para o fenômeno do superendividamento, apesar das propostas em curso no Congresso Nacional, que somente ganha contornos de um problema de alcance social relevante com o movimento de explosão do crédito no país, experimentado nos últimos anos (praticamente nos últimos quinze anos).

Agora, diante de sua incontestável existência, agravada nos últimos anos, ganha destaque, como aqui já mencionado, a necessidade de proteção aos superendividados para que possam ter assegurado o mínimo existencial. Os superendividados que têm grande parte da renda comprometida com operações financeiras das mais diversas, precisam de uma solução imediata, sob pena de que direitos fundamentais (de aplicação direta) estejam sendo simplesmente ignorados.

Diante da sistemática adotada no mercado brasileiro de crédito, não é impossível verificar casos de pessoas que têm até 90% da renda mensal comprometida com pagamentos de parcelas de financiamentos para as instituições financeiras, num acúmulo inadmissível, sendo que parte das parcelas (mensalidades) estão descontadas diretamente de seus vencimentos (salários ou aposentadorias), outras são garantidas com os bens adquiridos (com garantia real, no caso de financiamento imobiliário ou de veículos, por exemplo) e as outras estão divididas entre créditos pessoais (e suas infundáveis confissões de dívida com renegociações), cartões de crédito e crediários para aquisição e bens de consumo. A soma de todas as obrigações, em alguns casos, supera a própria renda total do devedor, estabelecendo uma situação terrível não apenas para o consumidor superendividado, mas também para o próprio mercado de crédito.

A situação é ainda mais dramática quando algumas (muitas) dessas parcelas são automaticamente debitadas ou na própria folha de pagamento ou, prática comercial comum das instituições financeiras, com débito automático da conta corrente do correntista, não deixando quase nenhuma margem de manobra para o consumidor escolher qual das obrigações pagar e qual delas deixaria sem pagamento. Em ambos os casos, embora os recursos sejam livres e os juros praticados pelas instituições financeiras compatíveis com os “riscos da operação”, há um tratamento ainda mais benéfico aos mutuantes (neste caso as instituições financeiras), que

diminuem o risco de inadimplência por conta do débito automático das prestações na conta corrente.

Em alguns casos, as instituições financeiras pagam suas dívidas com a criação de outras dívidas para o consumidor, como o caso de prestações que são debitadas utilizando o limite de cheque especial (quando existente) do consumidor, criando um círculo vicioso praticamente impossível de ser quebrado, levando em consideração a taxa de juros praticada em todas as operações e mais especialmente no contrato de cheque especial.

Se o fato de que as práticas comerciais adotadas pelas instituições financeiras (ou pelo menos por algumas delas) não privilegiam a concessão de crédito responsável, não gera grande controvérsia, a situação do superendividado acarreta uma certa perplexidade, já que os mecanismos para apontar as soluções jurídicas para isso ainda não estão devida e adequadamente construídos¹¹⁷. O raciocínio jurídico analógico não serve apenas para apontar exemplos. É, de acordo com WEINREB (2008), o tipo de raciocínio utilizado por advogados e juízes (operadores de direito, de maneira geral), na aplicação do próprio direito, seja na defesa de uma causa, seja na fundamentação de uma decisão. É diferente, portanto, do raciocínio utilizado pelos legisladores, que buscam uma norma de caráter geral. No caso dos operadores jurídicos, o que se busca é a solução de um caso específico.

É o que se pretende desenvolver no caso dos superendividados e a necessidade de manutenção de um mínimo existencial: uma solução para o caso concreto. E já há no ordenamento jurídico brasileiro, leis que estabelecem limites que consideram adequados para o comprometimento de renda, partindo de um pressuposto básico e conhecido de todos, já que não é razoável admitir um endividamento que comprometa de forma insuportável a renda das famílias. Assim acontece na lei que trata dos créditos consignados (Lei nº 10.280/2003) e da lei que define planos de reajustamento dos encargos do Sistema Financeiro de Habitação-SFH.

¹¹⁷ Em recente decisão (setembro de 2016) sobre a aplicação de taxa de juros a uma dívida oriunda de cartão de crédito, por exemplo, a 23ª Câmara Cível do TJRS, por unanimidade, estabeleceu que a taxa de juros anuais do cartão de crédito deveria ser de 11,25% (taxa selic), declarando nulas (já que abusivas) as cláusulas que estabeleciam taxa diferente. Os votos dos(as) Desembargadores(as) que participaram do julgamento tratam longamente sobre a questão do superendividamento e da necessidade de solução para o caso concreto, embora a decisão não explique de forma clara qual o critério utilizado para fixar o valor dos juros, salvo que foi pedido na inicial. (TJRS, Apelação nº 0211738-69.2015.8.21.7000, Relator Des. Clademir José Ceolin Missagia)

Em ambos os casos, a legislação parte do pressuposto de que as dívidas assumidas não podem comprometer de forma insuportável a vida das pessoas (devedores) envolvidos. Assim, como já visto, estabelecem um padrão conservador (entre 30% e 40%) para comprometimento de renda com essas obrigações.

O princípio que pode ser retirado dessas legislações é o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que as necessidades básicas das famílias vão bem além dos compromissos que podem ser assumidos com as operações financeiras, ainda que sejam relativas a um direito fundamental como a habitação (no caso específico dos contratos de financiamento regidos pelo Sistema Financeira de Habitação-SFH).

Para BOBBIO (1996), ao tratar sobre a completude do ordenamento jurídico e, portanto, da impossibilidade de espaços vazios neste mesmo ordenamento, a analogia pode ser definida um “procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante” (p. 151). E, ainda mantendo a assertiva lógica de completude do ordenamento jurídico (que parte do pressuposto que a solução para qualquer caso está presente no mesmo ordenamento jurídico, ainda que não diretamente), afirma que a analogia é o mais típico e importante dos procedimentos interpretativos e um determinado ordenamento jurídico, servindo, fundamentalmente, para a própria expansão do sistema, ciente de que os fatos e a própria evolução social exigem soluções que não estão explicitamente indicadas no ordenamento jurídico positivado, ressaltando que a analogia foi usada amplamente em todos os tempos.

Entretanto, para que se possa usar de forma correta a analogia, a semelhança entre os casos deve ser relevante. Não se trata de qualquer similaridade, é necessário verificar entre os dois casos concretos uma característica comum a ambos, “que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências” (BOBBIO, 1996, p. 153). Assim, é fundamental investigar a razão (*ratio legis*) da limitação do comprometimento de renda nas leis que tratam sobre financiamentos, tanto no caso dos consignados quanto no caso do financiamento imobiliário.

Se houver coincidência, ou semelhança relevante, entre os empréstimos concedidos com os denominados recursos livres¹¹⁸, tais

¹¹⁸ O BCB adota a denominação de recursos livres para aqueles que decorrem da livre atividade dos bancos, que não decorrem de créditos ofertados pelo Estado. Os recursos direcionados (mais baratos) seriam aqueles que decorrem diretamente do Estado, que os repassam aos bancos para que possam oferecer

como as operações de crédito pessoal (inclusive consignado), aquisição de veículos, cartão de crédito e cheque especial e também houver possibilidade de comparação com alguns empréstimos por meio dos denominados recursos direcionados, como o financiamento imobiliário por exemplo, pode-se buscar também uma comparação entre as consequências da limitação de comprometimento de renda (no caso dos consignados e do financiamento imobiliário) e a possibilidade de aplicação analógica dessa limitação nas outras operações, especialmente nos casos em que a ausência dessa limitação ofende a garantia ao mínimo existencial dos superendividados.

Para NADER (1996), na esteira adotada por BOBBIO, a analogia é um procedimento de integração, uma auto-integração, em que é utilizada diante da existência de lacunas, diante da impossibilidade da existência de situações que escapam dos parâmetros legais. Para sua aplicação, que não consiste em um processo de interpretação da norma ou mesmo uma fonte formal (já que não elabora diretamente a norma jurídica), é necessário que se verifique semelhança fundamental, estando o operador jurídico adstrito ao direito posto, não podendo agir com plena liberdade “na escolha da norma jurídica aplicável”.

Para o Autor, o caso concreto que serve de modelo pode ser designado como paradigma, devendo haver semelhança no essencial e identidade de motivos entre os casos concretos. Aqui, faz referência ao princípio lógico de que ‘onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal’¹¹⁹. Ainda é importante destacar, para definir a aplicação do procedimento analógico, que não se trata de interpretação extensiva, em que um determinado termo existente em lei é considerado inapropriado e, por isso, tem seu conteúdo ampliado. A questão realmente é a existência de uma lacuna, ou seja, inexistência de disposição legal sobre o tema. Este é um pressuposto básico para que se possa buscar um

crédito em determinadas operações de caráter social, de interesse estatal (ou do governo). Neste último caso, são caracterizados como crédito direcionados, entre outros, os recursos do BNDES, o crédito imobiliário (boa parte decorrente do uso do FGTS), o crédito rural etc. Apesar disso, especificamente o crédito pessoal consignado, embora seja uma operação de recursos livres, tem uma regulamentação legal que privilegia seu adimplemento, conforme já visto neste trabalho.

¹¹⁹ BOBBIO afirma que, “para que o raciocínio por analogia seja lícito no Direito, é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não regulamentado tenham em comum a *ratio legis*. De resto é o que foi transmitido com esta fórmula: ‘onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito’ (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositivo*)” (1996, p. 154)

paradigma, que neste trabalho, pode ser buscado nos limites de comprometimento de renda em caso de contratação de dívidas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

E para que o procedimento analógico possa ser utilizado, é necessário investigar a identidade entre as situações que se pretende análogas, para que a aplicação de um determinado percentual máximo de comprometimento de renda possa ser efetivamente aplicado, independentemente da existência de lei que regulamente o assunto.

Os limites estabelecidos pelos instrumentos normativos já indicados, especialmente a Lei do Consignado (Lei nº 10.280/2003), mas também o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/91) trazem consigo uma limitação que, embora importante, está limitada aos créditos consignados, assim entendidos aqueles que são descontados (devidamente autorizados) diretamente da folha de pagamento dos consumidores e repassados aos credores (instituições financeiras, de maneira geral) pelos próprios organismos pagadores, reduzindo o risco de inadimplência a patamares mínimos.

Apesar disso, outras dívidas, também oriundas do mercado financeiros, embora não sejam descontadas diretamente da folha de pagamento dos consumidores, também impactam diretamente na manutenção do mínimo existencial, especialmente se a referência é aos consumidores superendividados. Portanto, é razoável admitir que os limites estabelecidos pelas leis (e decretos) em referência podem ser entendidos como adequados para, ao mesmo tempo, facilitar o acesso ao crédito de parcela significativa das pessoas em melhores condições (por conta do custo dos financiamentos, especialmente pela menor taxa de juros) e por garantir um percentual (em torno de dois terços da renda) adequado (ou próximo disso) para que todas as outras necessidades das famílias possam ser atendidas.

A questão fundamental, e ainda a resolver de forma satisfatória, é sobre as parcelas de financiamentos não consignados e que, em caso de superendividamento, chegam a atingir praticamente toda a renda de algumas pessoas ou famílias. Este é o ponto que este trabalho pretende explorar, já que o próprio judiciário já vem reiteradamente limitando os consignados ao patamar de comprometimento de renda já indicado na legislação em geral: como preservar o mínimo existencial no caso de superendividados que acumulam, além dos consignados, outras obrigações (mensalidades) contratadas com instituições financeiras?

5.3.3 A limitação do alcance das dívidas de operações financeiras a 35% dos vencimentos do consumidor superendividado

Partindo do pressuposto indicado de que não há previsão legal específica para o tratamento dos superendividados, é necessária a integração do ordenamento, mais especificamente com a utilização da analogia, expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro como meio adequado, embora não exclusivo, para o preenchimento de lacunas.

Para a aplicação da analogia, é necessária a indicação precisa do fato que, necessitando de solução jurídica adequada, não tem previsão específica no ordenamento positivado. Além disso, é imprescindível a indicação do dispositivo legal a ser aplicado ao caso e, sobretudo, as hipóteses que autorizam a sua aplicação, sob pena de ampliar indevidamente o uso da analogia, ignorando sua finalidade e distorcendo o seu próprio conceito.

O fato específico em análise neste trabalho é o consumidor superendividado que detém inúmeros contratos de operação de crédito (financiamento imobiliário, cheque especial, crédito pessoal – consignado ou não –, cartão de crédito, financiamento de veículos, entre outros), firmados com uma ou várias instituições financeiras e que, a soma total das prestações oriundas destes contratos atinge o mínimo existencial do consumidor.

Independentemente do tipo de contrato realizado pelo consumidor com as instituições financeiras (se com ou sem garantia, por exemplo), é correto admitir que além das obrigações assumidas com as operações de crédito, existem inúmeras outras obrigações cotidianas que não podem ser ignoradas, como se as únicas dívidas ou gastos do consumidor fossem os assumidos com as instituições financeiras. Assim, despesas com alimentação, educação, saúde, aluguel, transporte, moradia, que tratam de necessidades fundamentais da pessoa, não podem ser postergadas ou sofrerem restrições desmedidas em nome das dívidas com as instituições financeiras.

Aqui é preciso reafirmar que a condição de superendividamento do consumidor pode ser ainda mais difícil se levada em consideração a vulnerabilidade agravada pela condição socioeconômica (pobreza) ou mesmo dificuldade de compreensão das cláusulas contratuais assumidas (analfabetismo, incluído o analfabetismo funcional). Assim, é possível identificar pessoas que têm comprometida praticamente toda a sua renda por descontos (autorizados) realizados pelas instituições financeiras para pagamento das obrigações (contratos) assumidas. Este grau de

comprometimento de renda, entretanto, atinge diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, por não possibilitar a satisfação de necessidades básicas do consumidor superendividado. O fato a considerar, portanto, é o seguinte: como garantir o mínimo existencial para consumidores que têm inúmeros contratos de operações de crédito que, somados, comprometem significativamente a renda mensal desses consumidores superendividados?

Se o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial são inafastáveis e se o comprometimento severo de renda compromete a satisfação de necessidades humanas fundamentais, é razoável entender que esta situação não pode prosperar, sob pena de flagrante incompatibilidade com os termos da Constituição Federal de 1988. E considerando ainda a completude do ordenamento jurídico (ainda que como uma ficção que serve para dar maior poder de decisão aos julgadores), é necessário buscar na integração do ordenamento jurídico a solução para o caso específico.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversas disposições legislativas que, considerando a possibilidade de endividamento do consumidor, limitam o comprometimento de renda a um patamar aceitável. Ou pelo menos limitam o comprometimento de renda a um percentual que considera a existência de outras necessidades para o consumidor, além daquela de pagar as dívidas oriundas dos contratos de operações de crédito.

E, partindo de todos os pressupostos indicados, a Lei dos Consignados (Lei nº 10.820/2003) é a que pode ser utilizada para aplicação analógica ao caso formulado. A Lei dos Consignados é um dispositivo formulado recentemente e que contribuiu, em grande medida, para o fenômeno de expansão do crédito experimentado no país nos últimos 15 anos. A previsão de aumento do crédito foi um dos motivos que levou o legislador a, de forma prudente, estabelecer um percentual máximo de comprometimento de renda para o tomador de empréstimos (consignados). Como já dito neste trabalho, a Lei dos Consignados não foi a primeira norma existente do país a indicar a preocupação com o nível de endividamento do consumidor, mas foi elaborada exatamente para possibilitar esta expansão de uma forma mais segura, tentando garantir aos novos consumidores do mercado de crédito, uma reserva material para as outras necessidades (as necessidades básicas), deixando de forma clara a existência do dirigismo contratual, a intervenção do Estado na autonomia privada para garantir a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a proteção do salário.

A limitação prevista na Lei dos Consignados, de limite de 35% de desconta da remuneração disponível do consumidor (inicialmente era de 30%), é aplicável expressamente apenas aos créditos consignados abarcados pela referida lei. Assim, como já explicitado, o desconto (de até 35%) seriam realizados pela fonte pagadora que teria a obrigação de transferir este valor descontado às instituições financeiras, depositando na conta do empregado/pensionista apenas o restante, tendo descontado também as denominadas consignações obrigatórias (tributos, pensão alimentícia etc.). Assim, uma pessoa poderia ter os seus vencimentos brutos diminuídos de imposto de renda, imposto sindical, contribuição previdenciária, eventual pensão alimentícia e, do restante, poderia ainda ter comprometido o percentual de 35% (resultantes de contratos com instituições financeiras) que seriam diretamente direcionados aos beneficiários: Receita Federal (Fisco), Sindicatos, INSS dependentes (em caso de pensão judicial) e Instituições Financeiras (no caso dos consignados previstos em lei)¹²⁰.

Analisando o quadro indicado com a aplicação direta da Lei dos Consignados, é possível indicar que a renda final do consumidor que se obriga ao máximo permitido pela Lei dos Consignados, e somando as consignações obrigatórias, pode chegar facilmente aos 50% de desconto. Ainda assim, há previsão expressa em lei sobre o assunto, não sendo razoável inferir que o tal percentual ofende diretamente o mínimo existencial e a proteção ao salário.

A questão, entretanto, é mais complexa e difícil se for analisada com a possibilidade de que outras operações de crédito são assumidas pelo consumidor e que, somadas ao percentual máximo indicado pela Lei dos Consignados atinge diretamente os princípios constitucionais já indicados. É o caso de consumidores superendividados que contratam outras operações de crédito além dos empréstimos consignados, muitas vezes, inclusive, com a mesma instituição financeira que, neste caso (e em nenhum outro) pode alegar que desconhecia a situação de dificuldades financeiras enfrentadas pelo consumidor.

A situação pode ser facilmente percebida diante de uma pessoa que tenha um crédito imobiliário contratado (de 15% de sua renda líquida),

¹²⁰ Uma pessoa com uma remuneração de R\$5.000,00, que tenha contratos de operação de crédito no limite máximo estabelecido pela lei (35%), sem contar a dedução de imposto sindical e desconto de vale transporte, teria a seguinte situação: R\$5.000,00 – R\$550,00 (INSS) – R\$365,12 (IRPF) = R\$4.084,88 – 35% (consignados) = R\$2.655,17 de renda líquida ao final. A mesma situação para uma pessoa que ganha R\$1.500,00 mensais, resultaria em R\$897,00.

empréstimos pessoas não consignados (20% de sua renda líquida), além dos consignados (35%), além de pensão alimentícia decretada judicialmente em função de um divórcio recente (15% da renda bruta menos os descontos obrigatórios). Neste caso, como em muitos outros, a questão é como conciliar tantas obrigações resultantes de operações de crédito e, ao mesmo tempo, garantir a satisfação de suas necessidades fundamentais (garantindo o mínimo existencial e a proteção ao salário). Pior ainda quando as obrigações decorrentes das operações de crédito são realizadas com débito automático na conta corrente do devedor, neste caso o consumidor superendividado.

Embora se reconheça que a contratação das operações de crédito tenham sido voluntárias, não se pode ignorar que a sociedade de (hiper)consumo contemporânea contribui significativamente para que se tenha uma situação de descontrole na aquisição de bens e serviços, descontrole, importante lembrar, essencial para a nova era de produção da modernidade (líquida). Mais ainda quando se trata de instituições financeiras, que detêm inúmeras formas de prevenir situações de risco exagerado, contando com inúmeros cadastros de análise de crédito de seus clientes. Assim, embora não seja adequado tratar os consumidores, em uma sociedade industrializada do século XXI, como vítimas, é correto tratar os consumidores como um grupo que está protegido pelo conceito de (hiper)vulnerabilidade, reconhecida pela Constituição Federal e pela legislação do consumidor (CDC).

Assim, neste caso, pela semelhança entre os fatos (endividamento por operações de crédito consignados e endividamento por outras operações de crédito não consignados), é possível a aplicação analógica da Lei dos Consignados para, em função da proteção ao consumidor superendividado (especialmente os grupos de consumidores hipervulneráveis), da garantia ao mínimo existencial e da proteção ao salário, limitar o percentual de descontos não obrigatórios aos mesmos 35% previstos inicialmente apenas para os consignados.

O limite de 35% de descontos da remuneração disponível em relação a todas as operações de crédito (consignadas ou não) não é, *per si*, uma solução que resolve o problema de superendividamento dos consumidores. A aplicação analógica não tem o poder de resolver (extinguir) as dívidas assumidas, apenas impede que a renda mensal dos consumidores superendividados seja comprometida a ponto de que suas necessidades fundamentais não possam ser satisfeitas. Neste caso, as dívidas continuariam existindo e mesmo a eventual revisão de juros necessitaria de pronunciamento judicial para verificar sua adequação. Não se trata, portanto, de proposta que visa abolir dívidas ou, em palavras

usadas em decisão do STJ, promover o calote¹²¹. A decisão teria como efeito indireto o prolongamento da dívida, já que o desconto somente poderia chegar a 35% da remuneração disponível.

É também importante considerar que a analogia aqui indicada já encontra respaldo em determinadas instâncias judiciais, embora não se possa afirmar que está consolidada, não se configurando propriamente como jurisprudência (aqui entendida como decisões reiteradas dos tribunais de forma predominante), embora seja provável que o número de ações que discutem a ideia aqui analisada aumente, proporcionalmente aos casos de superendividamento, potencialmente mais numerosos neste último ano em virtude do aumento no índice desemprego¹²² e recessão econômica experimentados no país.

E os consumidores superendividados que buscam a tutela jurisdicional para terem preservados o mínimo existencial, regra geral, cumulam pedidos de revisão de cláusulas contratuais buscando, além de limitar o comprometimento de renda por meio da aplicação analógica da Lei dos Consignados, a revisão contratual para diminuir o montante devido. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se posicionou sobre a possibilidade de uso da analogia para limitar aos descontos na conta corrente dos consumidores superendividados, no percentual estabelecido na Lei dos Consignados que, à época, era de 30% do valor da remuneração disponível. A decisão proferida pela Quarta Câmara de Direito Comercial, em agravo de instrumento julgado em 26 de julho de 2016, não apenas reconheceu a “tese” do superendividamento como também que a responsabilidade dessa situação apresentada pelo consumidor superendividado não é de culpa exclusiva dele e usando analogicamente

¹²¹ Em voto proferido em agravo regimental no STJ, em 2010, o Min. Relator Fernando Gonçalves, afastando a “tese do superendividamento e da prevalência da dignidade da pessoa humana”, afirma: “A vingar a tese da recorrente, da prevalência da dignidade da pessoa humana, em face do ‘superendividamento’, estar-se-á institucionalizando o calote consentido, ou seja, bastará a pessoa se endividar, deliberadamente, além das suas possibilidades de pagamento, adquirindo bens de consumo de forma desarrazoada e, depois, alegar, pura e simplesmente, aviltada na sua dignidade e, suprimindo, então, os descontos dos empréstimos consignados na sua folha de pagamento” (STJ, AgRg na Medida Cautelar nº 16.128-RS-2009/0196276-5, julgamento em 04/02/2010).

¹²² A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), de publicação mensal, indicou o crescimento de nível de desemprego no país para 11,8% em agosto de 2016. Este índice era de 9,5% em janeiro do mesmo ano. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/indicadores.php>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

a Lei nº 10.820/2003, em homenagem ao dispositivo constitucional de proteção ao salário e ponderando os direitos creditórios do credor com o mínimo existencial do consumidor, determinou que fosse observado o teto de 30% dos vencimentos do consumidor (deduzidos os descontos obrigatórios) para todos os débitos realizados na conta corrente do consumidor superendividado.

[...] Como se vê, o conjunto probatório indica de forma incontestada que o caso concreto configura hipótese de superendividamento, haja vista que o Banco concedeu indistintamente crédito ao Consumidor, mesmo sendo conhecedor de que as operações sobrepujavam a capacidade econômico-financeira do Hipossuficiente, tanto que conforme o extrato amealhado nos presentes autos, toda a remuneração do mês de março de 2016 foi utilizada para cobrir o saldo negativo na conta-corrente e seus encargos, nada sobrando para sua própria subsistência e de sua família.

Em circunstância como esta, sobressai evidente afronta à dignidade da pessoa humana, bem como a violação à proteção constitucional ao salário, garantidor do mínimo existencial, tornando-se imperativa a imposição de limite à concessão desenfreada de créditos automáticos por parte do Requerido. [...]

Nessa feita, e levando-se em conta as considerações tecidas anteriormente, esta Relatoria, em ponderação entre os direitos creditórios do fornecedor e o Princípio do Mínimo Existencial, entende que deve ser limitada a possibilidade de crédito automático por parte da instituição financeira credora.

E, diante da ausência de base legal a impor tal limitação, usa-se, por analogia, a Lei n. 10.820/2003 (que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT), para limitar as deduções mensais pela instituição financeira apelada a 30% dos vencimentos brutos do devedor, após deduzidos os descontos obrigatórios (imposto sobre a renda e contribuições previdenciárias), nos termos do que dispõe o art. 6º, §5º, da Lei n. 10.820/2003, com redação dada pela Lei n. 10.953/2004. (TJSC, AI nº 0033215-

65.2016.8.24.0000, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler)

A decisão não é a única proferida pela Quarta Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹²³, mas serve de parâmetro para avaliar a aplicação concreta da analogia na integração do ordenamento jurídico, com o explícito objetivo de preservação do mínimo existencial dos consumidores superendividados. E a decisão utiliza o método adequado de colmatar a lacuna, inicialmente reconhecendo a inexistência de legislação específica sobre o caso e, depois, indicando o dispositivo utilizado como referência para a aplicação analógica.

Apesar da decisão indicar o percentual máximo de 30% para os descontos na conta corrente do consumidor superendividado, a atual redação da Lei dos Consignados (Lei nº 10.820/2003) prevê um desconto máximo de 35% (com redação dada pela Lei nº 13.172/2015) e a referência legislativa deve ser estritamente observada, já que a analogia vai utilizar a mesma solução para casos assemelhados.

É importante ainda destacar as lições de LARENZ (1989) sobre a necessidade do preenchimento de lacunas pelos tribunais quando afirma que a lacuna não é da ordem jurídica, ainda que se possa ter dúvidas em relação a aplicação da analogia e em que casos deve ser aplicada. Para o Autor, o judiciário, que só pode julgar os acontecimentos depois de erificados, deve esperar que os fundamentos de suas decisões sejam acertados e possam influenciar decisões futuras sobre o mesmo tema, com absoluto respeito ao primado de criação de normas pelo poder legislativo, diante da divisão de poderes estabelecida pelo estado de direito moderno. Não se pode, entretanto, diante do caso concreto, com a possibilidade de

¹²³ APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO COM PEDIDO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE ACOLHE O PLEITO DE REVISÃO, MAS REFUTA O COMPENSATÓRIO. REBELDIA DO AUTOR. MÚLTIPLOS EMPRÉSTIMOS. DESCONTOS DIRETO EM CORRENTE-CORRENTE. RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DO AUTOR PARA PAGAMENTO DAS PARCELAS CONSIGNADAS NA CONTA-CORRENTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CHAMADO MÍNIMO EXISTENCIAL. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS BRUTOS MENSIS, APÓS DEDUZIDOS OS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS. Analogia DA LEI N. 10.820/2003. DANO MORAL IN RE IPSA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.083938-4, de São Bento do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 22-07-2014).

aplicação de procedimento de integração analógico, simplesmente deixar de aplicá-lo em função de ausência de dispositivo jurídico expresso.

Há necessidade, portanto, de explicitar os motivos que fundamentam a analogia, para que se possa utilizar uma decisão como uma referencial lógico. Neste caso, algumas características que tornam os fatos análogos (semelhantes) são incontestes. O superendividamento dos consumidores é um deles. Não se trata, portanto, de fomentar o calote daquele que deliberadamente contrai dívidas que não pretende pagar. O próprio conceito de superendividamento, já indicado neste trabalho e cuja definição pode ser encontrada no Projeto de Lei (PLS) nº 3.515/2015, exclui os consumidores de má-fé, sendo esta a primeira característica a ser avaliada: a identificação do consumidor como um superendividado.

Outro ponto frequente no debate sobre o tratamento adequado ao superendividado é a postura das instituições financeiras que, muitas vezes, não atuam de boa-fé na contratação das operações de crédito. Embora a boa-fé objetiva (dever de cuidado) seja um pressuposto para a realização do negócio, o elemento subjetivo do superendividado e sua condição objetiva (impossibilidade de pagamento de suas dívidas atuais e futuras) parecem ser suficientes para a possibilidade de utilização analógica da Lei dos Consignados. Em outras palavras, não se ignora que a boa-fé contratual (dever previsto no Código Civil, art. 422¹²⁴), assim como o princípio da função social do contrato (Código Civil, art. 421¹²⁵) devam ser observados. A questão é que, diante dos vários princípios que orientam o direito contratual e, especialmente, o direito do consumidor, a aplicação da analogia aqui proposta tem sua fundamentação na análise da situação do tomador de crédito, não sendo necessário a caracterização de má-fé da instituição financeira para que se possa aplicar a analogia e limitar os descontos das operações de crédito¹²⁶.

¹²⁴ CC, Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹²⁵ CC, art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹²⁶ Uma situação semelhante ocorre na caracterização do instituto da lesão (CC, art. 157), quando para que o negócio possa ser anulado por vício de consentimento, basta a caracterização da premente necessidade ou inexperiência da vítima e a manifesta desproporcionalidade das prestações opostas. Na lesão, como se pretende afirmar também no caso dos superendividados, a questão é fundamental é a análise do prejudicado no negócio ou pelas consequências dele (no uso da ofensa ao mínimo existencial), independente da intenção daquele que se beneficia indevidamente dele.

A identidade na caracterização do sujeito, entretanto, não é o fundamento determinante para aplicação da analogia. O fundamento da existência de limitação (teto) para os descontos, existente na Lei dos Consignados é que serve de fundamento para sua aplicação. O limite de descontos existe para que o restante dos rendimentos do devedor (consumidor) possa ser aplicado em todas as outras necessidades que existem, além daquelas já satisfeitas com o crédito que foi adquirido por meio das operações financeiras. E se o fundamento para a limitação nos descontos dos vencimentos (folha de pagamento) é exatamente propiciar que o consumidor tenha suas inúmeras outras necessidades satisfeitas, que a mesma *ratio legis* pode ser usada para casos ainda não abrangidos pela legislação. Aliás, não é surpresa que o projeto de lei em curso no Congresso Nacional fixe em 30% o percentual máximo para descontos em caso dos superendividados. A lógica é a mesma e o percentual também (lembrando que o aumento do percentual da Lei do Consignados para 35% foi feito em outubro de 2015 e para contemplar especificamente a dívida com cartão de crédito, a operação de crédito com a maior taxa de juros do país).

Logo, a preservação do mínimo existência no ordenamento jurídico brasileiro está assentada, em vários dispositivos legais e nos projetos de lei que tratam sobre o assunto, em torno de um terço como limite de descontos para operações de crédito, regra geral vinculadas a obtenção de bens de consumo, embora não esteja necessariamente vinculada a isso, podendo ser utilizada, inclusive, para saúde, educação, transporte outras necessidades reconhecidamente fundamentais.

É importante também destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser interpretado por meio do mínimo existência e também pela proteção ao salário é a base fundante desta aplicação analógica. Até porque, a analogia, na esteira de LARENZ (1989) não é apenas um procedimento lógico-formal, embora deva apresentar suas razões. Não é, portanto, apenas uma questão de identidade, mas sobretudo de valoração jurídica. Para aplicação analógica, é “preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*” (1989, p. 462).

Além do fundamento da decisão, também é necessário verificar a possibilidade de generalização do uso da analogia. Esta é uma preocupação frequente em decisões judiciais, em que os julgadores analisam os efeitos de uma generalização de suas decisões. A análise, ainda que sem uma base de pesquisa empírica, não deixa de ser um fator que usualmente é utilizado para deixar de integrar o ordenamento jurídico, seja pela utilização de princípios ou mesmo da analogia. Não é, portanto, à toa que o ministro relator do STJ, em decisão aqui já indicada (nota de

rodapé nº 96), afirma que a conduta de limitar o teto para descontos poderá causar problemas já que “basta a pessoa de endividar deliberadamente [...] e depois alegar, pura e simplesmente, aviltada na sua dignidade [...]. Aqui, pelo argumento utilizado no voto do ministro relator, há um claro incômodo com as consequências de uma decisão favorável ao limite de descontos nas operações financeiras.

Entretanto, a generalização que se pretende explorar pode ter seus efeitos divididos em aspectos normativos e fáticos (ou econômicos). A primeira é a que deve guiar inicialmente o operador jurídico. A questão é se a analogia pode ser aplicada a todos os consumidores superendividados, nos exatos termos propostos (limitação de 35% de descontos sobre todas as operações financeiras do consumidor, sem extinção das dívidas existentes, salvo em caso de revisão judicial dos contratos). Esta generalização, é importante dizer, não encontraria óbice normativo. Ainda que se possa ter casos ainda mais excepcionais (como pensões alimentícias determinadas judicialmente que diminuam ainda mais o valor disponível para incidência dos limites), a aplicação parece ser adequada, fundada em valores insuspeitos (dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e proteção ao salário) e, portanto, passível de generalização (aplicação) a todos os casos análogos.

Já a questão das consequências econômicas da generalização do limite máximo (teto) de 35% à soma de todas as operações financeiras do consumidor superendividado é uma questão que merece estudo mais aprofundado, impossível aos limites estabelecidos para este trabalho. Apesar disso, é importante destacar os números de inadimplência no país e o universo de superendividados existentes. Apesar da grande divulgação de que a inadimplência é um grande problema estrutural¹²⁷, já que as notícias sobre o tema são constantes, os números apresentados pelo BCB apontam, especialmente em relação às instituições financeiras, índices compatíveis com outras economias no mundo. Mais ainda, por conta de uma série de políticas públicas adotadas no país nas últimas décadas¹²⁸

¹²⁷ O custo da inadimplência é alto na composição das taxas de juros definidas pelas instituições financeiras para cada um dos produtos disponibilizados. E o aumento das taxas de juros prejudica o consumidor e seu direito ao crédito, impactando negativamente no crescimento econômico. Logo, não se pretende neste trabalho, nem seria razoável ou possível dado às suas limitações, minimizar o impacto do aumento da inadimplência na economia brasileira.

¹²⁸ Entre as várias iniciativas tomadas pelo governo nos últimos anos, para aumentar a solidez do sistema financeiro nacional estão: Medidas implementadas: Consignação em folha de pagamento (Lei nº 10.820), Cédula de Crédito Bancário (Lei nº 10.931), Alienação fiduciária de coisa fungível (Lei nº 10.931), Alienação

(inclusive por conta da crise de confiança do sistema financeiro mundial, especialmente o americano, em 2008), o sistema financeiro tem garantias contratuais (e legais) que os outros fornecedores não têm, concentrando praticamente toda a sua inadimplência em contrato de alto risco, como os empréstimos pessoais (inclusive o cheque especial) e os cartões de crédito.

E sobre todos esses contratos, as instituições financeiras, sabendo dos riscos envolvidos nas operações, aplicam juros muito altos, o que, *per si*, se não equaliza, ao menos minimiza o eventual “prejuízo”, experimentado pelas dívidas que seriam prolongadas e, muitas vezes, não seriam pagas, em caso de adoção do limite aqui proposto. E apesar de todos os índices de inadimplência existentes no país, especialmente em alguns contratos, as instituições financeiras não deixam de ofertá-los, o que pressupõe que são produtos que “valem o risco”. E, ainda, mesmo com a inadimplência existente, o desempenho do setor bancário brasileiro é um dos mais altos do mundo¹²⁹, não sendo possível mensurar, sem uma pesquisa empírica aprofundada, quais seriam os reais impactos da adoção da analogia nos casos indicados¹³⁰.

Logo, se não é possível verificar, nem remotamente, o impacto da medida, o discurso passa a ser muito mais ideológico do que real. É, portanto, a repetição do discurso da autonomia privada do início da modernidade, da época da modernidade sólida, quando o contrato era sacralizado e a intervenção estatal (dirigismo contratual) vista como um

fiduciária de automóveis (ajustes legais; Lei nº 10.931), Subvenção ao seguro rural (Lei nº 10.823), Patrimônio de afetação (Lei 10.931), Valor incontroverso (Lei 10.931), Letra e Cédula de Crédito Imobiliário (Lei 10.931), Carta Garantia (Resolução CMN nº 3.155). Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C-YBGi4J1twJ:www.cdes.gov.br/documento/18780/apresentacao-do-presidente-do-banco-central-henrique-meireles-.html+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹²⁹ O DIEESE publicou Relatório sobre o desempenho dos bancos brasileiros em 2015 (ano em que o PIB teve uma queda significativa de 3,8% em relação ao ano anterior) em que o lucro líquido dos cinco maiores bancos do país (Bradesco, Itaú Unibanco, Santander, Banco do Brasil e Caixa) teve um crescimento de 16,2% na comparação com ano anterior. Disponível em <http://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2015/desempenhoBancos2015.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹³⁰ É também possível, e mesmo adequado, a realização de pesquisa que aborde a questão sob o prisma da interlocução entre direito e economia, área de pesquisa que se desenvolve no país e que têm suas origens mais conhecidas no direito americano (o “*Law and Economics*” e também o “*Critical Legal Studies-CLS*”).

mal em si. Este entendimento, entretanto, não é compatível com a ordem constitucional vigente no país e sequer é aplicado (se é que algum dia já foi) nos países desenvolvidos, não sendo juridicamente adequado, utilizar o argumento como fundamentação de um posicionamento que se pretende jurídico.

6 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea, especialmente nos países industrializados (em maior ou menor grau) e em comparação com o início da modernidade, é marcada pelo incremento das relações de consumo. Se o consumo sempre existiu, como uma forma básica de subsistência, seu conceito atual, especialmente a partir do início da industrialização, não pode ser o mesmo das sociedades primitivas ou mesmo daquelas que, ainda hoje, ainda apresentam baixo grau de desenvolvimento econômico. O consumo ocupa papel central na economia e, não poderia ser diferente, também é destaque nas relações contratuais, quase que completamente ocupadas pelos contratos de consumo.

E a explosão do consumo cria, para muitos, um novo tipo de sociedade, em que as relações de aquisição de bens e serviços transformam-se em verdadeiro espaço de busca pela identidade e felicidade. Uma sociedade de consumo (ou de hiperconsumo), em que consumir é não apenas uma característica, mas verdadeira marca de inserção social. E se as pessoas direcionam parte significativa de suas energias para o consumo, o que é uma característica contemporânea, pode-se dizer que sua expansão em escala global aponta para inúmeras consequências ainda desconhecidas.

As novas formas de produção descentralizadas dos produtos e de sua comercialização (especialmente com a globalização dos mercados e o uso da internet), os impactos causados ao meio ambiente (diante da massificação da utilização de determinados produtos), as novas formas de socialização decorrentes de sua implementação e, naturalmente, as novas formas jurídicas de enfrentamento de todas essas consequências estão no centro de um debate que busca não apenas analisar o fenômeno do consumismo (com vários sociólogos escrevendo sobre o tema desde a década de 1960', especialmente nos países centrais), mas encontrar formas de amenizar as consequências nefastas deste modelo de desenvolvimento.

As alterações sofridas pelo próprio modelo de Estado de Direito, desde seu surgimento no início do processo de industrialização, revelam, em grande parte, a tentativa das sociedades contemporâneas em organizar racionalmente não apenas a produção e comercialização dos produtos e serviços, mas, também, suas consequências. Por isso, tratar do Estado de Direito contemporâneo (ou Estado Constitucional, para alguns) pressupõe a superação do paradigma liberal de outros tempos, em que o Estado era

entendido, muitas vezes e em teoria, como um risco para a concreção da liberdade das pessoas.

Não há, portanto, como tratar a sociedade contemporânea e suas manifestações com o paradigma do século XVIII, embora as teses que justificaram sua criação ainda sejam, e com justificada razão, constantemente revisitadas. Este é o contexto em que as relações de consumo precisam estar inseridas, em um mundo que se tornou extremamente complexo, especialmente em virtude da relativa (ou seria absoluta?) perda dos sólidos parâmetros de prevalência e suficiência dos ordenamentos jurídicos nacionais para regular a produção e distribuição de riquezas (e produtos e serviços). Em um mundo globalizado, as leis americanas ou chinesas impactam diretamente no consumo da maioria dos países do mundo e o Brasil, como um país emergente (ou em desenvolvimento e entre as dez maiores economias mundiais), também lida com as naturais consequências de um mercado global.

É plenamente justificável, portanto, que a Constituição Federal de 1988, resultado de um processo de redemocratização da sociedade brasileira depois de décadas de regime autoritário, tenha estabelecido parâmetros de proteção aos consumidores, nos moldes dos propostos inicialmente pela Organização das Nações Unidas-ONU, em décadas anteriores. Os consumidores, afinal, têm papel central no desenvolvimento econômico das sociedades e, como tal, devem ser inseridos nas cartas constitucionais contemporâneas (como de fato foram, a partir da década de 1960⁷).

A Constituição Federal de 1988, neste contexto, inseriu a proteção ao consumidor como direito fundamental (CF/1988, art. 5º, XXXII), quando instituiu que “o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, o que revela uma hierarquia da defesa do consumidor em relação a outros direitos garantidos constitucionalmente. Não fosse isso suficiente, a defesa do consumidor também foi consagrada como princípio da ordem econômica (CF/1988, art. 170, V), ficando claro que a determinação trazida no texto constitucional é a proteção ao consumidor e não ao consumo em si, o que, de pronto, revela a intenção do constituinte e deve ser o ponto de partida para a análise dos institutos relacionados às normas que tratam sobre o direito do consumidor.

O crescimento do consumo (o que fez surgir inclusive a figura do consumidor como uma espécie de sujeito de direito com características especiais), vem acompanhado da criação de uma série de necessidades antes inexistentes. Tais necessidades tanto são fruto do desenvolvimento tecnológico (que é responsável pelo surgimento de inúmeros produtos e serviços que são capazes de equacionar essas necessidades, entre eles

novos remédios, eletrodomésticos, meios de transportes etc.) quanto, por vezes, são fruto de uma propaganda poderosa que transforma bens absolutamente supérfluos em necessidades quase vitais, seja por uma necessidade de identidade pessoal ou mesmo por uma questão de *status*.

E nesse contexto, algumas pessoas, por inúmeros motivos, acabam por estabelecer relações de consumo que podem ser, *a priori*, chamadas de inadequadas. A inadequação pode ter inúmeras justificativas, seja porque resulta em dependência física ou psicológica ou porque afasta as pessoas de uma determinada interação social ou, o que é o objeto de análise neste trabalho, resulta em um endividamento superior à possibilidade de pagamento do consumidor. É o que se pode denominar de superendividamento.

O superendividamento, que pode ser resumidamente definido como a impossibilidade de o consumidor de boa-fé pagar todas as suas dívidas atuais ou futuras, é uma consequência indesejada das relações de consumo. Uma consequência perversa para o consumidor e também para o próprio mercado de bens e serviços, que, diante da situação, perde um participante (porque o consumidor superendividado fica praticamente alijado do mercado de bens e serviços, por conta das inúmeras restrições que passa a ter), bem como sofre as nefastas consequências do inadimplemento, já que parte (ou todas) das obrigações (dívidas) assumidas pelo consumidor superendividados simplesmente não serão adimplidas.

A situação do superendividamento, embora inicialmente não seja perseguida por nenhum dos partícipes da relação de consumo, é um dado concreto, observável em qualquer economia de consumo e que, portanto, deve ser adequadamente tratada, nos termos em que o ordenamento jurídico permite, sem a criação de uma solução mágica, que extrapole os limites deste mesmo ordenamento jurídico e, com isso, em nada contribua para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, que pressupõe absoluta obediência ao direito existente.

Para adequadamente abordar o tema do superendividamento, é necessário analisar o texto constitucional de 1988, para buscar fundamentos que apontem para o correto tratamento que se deve dar ao tema. Assim, inicialmente é necessário destacar que a Constituição Federal de 1988 traz, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III). O conceito, reconhecido como um princípio constitucional, autoriza que as pessoas (qualquer pessoa, independente da adjetivação que se pretenda produzir) é titular de dignidade própria, que pode ser traduzida em vários elementos, entre eles e de forma bastante reconhecida, é portador do direito à

integridade fisiopsíquica, prerrogativa essencial para que se possa garantir a dignidade e cumprir o mandamento constitucional.

Logo, se há algo que subtraía da pessoa humana (ou pelo menos que importe em risco de lesão) sua integridade fisiopsíquica, a norma constitucional permite a intervenção para que se possa garantir sua dignidade. E o superendividamento é uma causa reconhecida de lesão à integridade da pessoa humana, já que atinge diretamente a renda do consumidor, impedindo, muitas vezes, que a garantia ao mínimo existencial, decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, possa ser preservado. Em outras palavras, alguns consumidores superendividados chegam a ter praticamente todos os seus rendimentos comprometidos com o pagamento de dívidas (de consumo). Assim, questões básicas (fundamentais) como a aquisição de alimentos, roupas, remédios e transporte (entre tantas outras) ficam definitivamente comprometidas. O mínimo existencial, que pressupõe a possibilidade de adquirir os produtos e serviços necessários para alcançar uma vida digna, é comprometido, exatamente pela situação de endividamento do consumidor (e pode ser ainda mais aguda quando acompanhada de desemprego ou outros “acidentes” familiares, como doenças e separações).

A questão, portanto, é de aplicação (prevalência) de um princípio constitucional (dignidade da pessoa humana) para garantia do mínimo existencial, ainda que as relações de consumo tenham sido estabelecidas de comum acordo e sejam pactuadas, regra geral, entre entes particulares. Não se pode, portanto, deixar de aplicar imediatamente a defesa ao consumidor superendividado, sob pena de desconsiderar a possibilidade de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, considerada neste trabalho como um princípio regulativo (direito fundamental), passível de aplicação imediata como forma de garantia do próprio ordenamento constitucional.

Pode-se afirmar que não há maiores divergências na constatação de que uma pessoa superendividada sofre uma lesão ao seu direito à garantia do mínimo existencial. Há casos em que o consumidor superendividado chega a receber apenas 10% dos seus vencimentos, com os outros 90% comprometidos com o pagamento de dívidas, boa parte delas (quase a totalidade) resultantes de operações financeiras (empréstimos pessoais, cartão de crédito, financiamento para aquisição de veículo ou imóvel).

Não se trata, portanto, de negar a existência de casos dramáticos de superendividamento, que por conta da expansão ao crédito experimentada no país desde o início deste século e da recente crise

econômica (que fez aumentar dramaticamente o número de desempregados), deixaram de ser um problema isolado e passaram a ser uma real preocupação para inúmeras famílias brasileiras, com as já esperadas consequências no sistema judicial brasileiro, que enfrenta o superendividamento (e suas inevitáveis consequências econômicas) sem que se tenha ainda no país uma legislação específica para tratar o assunto.

Esta é a questão cuja resposta pretende contribuir este trabalho. Afinal, ainda que se considere que o superendividamento atinge o mínimo existencial dos consumidores atingidos, existe no ordenamento jurídico brasileiro uma solução específica, que possa obedecer aos ditames constitucionais e auxiliar na garantia do mínimo existencial dos envolvidos, interferindo diretamente nas relações contratuais de consumo sem qualquer ofensa ao próprio ordenamento? E a resposta, ainda que em desenvolvimento, parece ser afirmativa.

O primeiro aspecto a considerar, como já dito, é que a garantia ao mínimo existencial deve ser tratada como um comando constitucional (princípio regulativo), devendo ser aplicado em todas as circunstâncias em que as pessoas possam se ver privadas desse direito. Logo, parte-se do pressuposto que é um direito fundamental de aplicação imediata. Da mesma forma, como direito fundamental, deve ser imediatamente aplicado mesmo às relações privadas (entre particulares), especialmente nas relações de consumo, para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

É de considerar também, que a sociedade de consumidores mudou significativamente o conceito de autonomia privada. O que antes era tratada como um intocável direito de estabelecer relações jurídicas sem a intervenção do Estado, passou a ser tratado como um direito que deve obediência estrita aos direitos fundamentais e seu desenvolvimento em uma sociedade de consumo de massas exige, do ordenamento jurídico, intervenção em seu conteúdo, para garantir (ou pelo menos tornar mais aguda) a igualdade material (outro direito fundamental) entre as partes. Admitir o dirigismo contratual como uma das características da sociedade de consumidores também é essencial para o desenvolvimento de uma solução jurídica adequada aos novos tempos.

Ainda que se tenha claro que não se pode (nem deve) ignorar a autonomia privada e que a intervenção estatal pode, realmente, significar uma redução na liberdade das pessoas (que poderiam ter sua vontade expressamente manifestada “revista” pelo aparelho estatal), é necessário que se constitua outra premissa para a evolução do tratamento dado ao superendividamento. Nas relações de consumo, diferente de outras relações estabelecidas entre particulares (como a tipicamente civil ou

comercial), verifica-se um natural desequilíbrio entre as partes contratantes, com o consumidor, por inúmeros motivos, situando-se em um patamar de inferioridade na relação contratual. É o que foi reconhecido na legislação brasileira com o conceito de vulnerabilidade.

Logo, tratar o consumidor como parte mais “frágil” na relação de consumo é uma determinação legal, estabelecida no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e que não pode ser afastada. E se o consumidor, regra geral, é considerado vulnerável, tendo o ordenamento jurídico estabelecido meios para buscar um maior equilíbrio na relação de consumo, existem determinados grupos de consumidores que têm a vulnerabilidade ainda mais agravada por determinadas condições pessoais. É o caso, por exemplo, dos idosos, das crianças e adolescentes e também daqueles que têm uma condição socioeconômica mais baixa (pobreza) ou que sequer conseguem adequadamente obter as informações sobre as consequências das obrigações assumidas (analfabetismo). Nestes casos, é necessário que a proteção seja ainda maior, sob pena de não se atender ao sentido da legislação protetiva em vigor no país.

Apesar disso, mesmo sendo correto considerar as afirmações até aqui indicadas, é impossível deixar de reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro não tem uma solução específica para o caso dos superendividados. Tanto essa afirmação é verdadeira que tramita no Congresso Nacional uma proposta legislativa que tem por finalidade regulamentar a situação do superendividado (PLS nº 3.515/2015). Logo, há de se reconhecer a existência de verdadeira lacuna no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao superendividado. O reconhecimento da falta de legislação específica para a aplicação aos superendividados, porém, não pode ser usada como argumento para que nada se faça até que uma legislação específica trate do assunto. É que partindo do pressuposto que o ordenamento jurídico é completo (completude do ordenamento jurídico) e que o judiciário não pode deixar de decidir sobre qualquer questão alegando falta de norma compatível, é preciso buscar nos meios de integração do ordenamento jurídico a solução adequada ao caso em análise.

E sobre a possibilidade de integração do ordenamento jurídico, há expressa menção ao uso de analogia, procedimento em que se aplica uma lei já existente, que foi elaborada para um caso específico, a um caso semelhante (análogo), ainda sem previsão normativa. O uso da analogia está previsto tanto como um meio geral de integração do ordenamento (previsto no art. 4º, da LINDB), quanto uma forma de específica de integração do ordenamento jurídico para a defesa dos direitos dos consumidores (CDC, art. 7º).

Entretanto, para que a analogia possa ser utilizada, é necessário a existência de uma lei que não apenas trate de assunto semelhante (análogo) ao que se pretende resolver, mas que também a solução possa ser generalizada a outros casos iguais, analisando as consequências de sua aplicação. A semelhança entre os casos também deve ser importante e não deve tratar sobre características secundárias. No uso da analogia deve-se buscar a *ratio legis* (a razão, o fundamento da lei) para verificar a viabilidade de sua aplicação.

No caso específico das dívidas decorrentes de operações financeiras, é possível utilizar como parâmetro (ou paradigma) a Lei nº 10.820/2003 (denominada adequadamente de “Lei dos Consignados”), que possibilita o desconto direto na folha de pagamento do devedor de parcelas resultantes de contrato realizados com instituições financeiras. Este mecanismo foi um dos principais responsáveis pelo impressionante aumento da concessão de crédito para as pessoas físicas, a partir de sua entrada em vigor (2003) e tem características que explicam o seu “sucesso”: primeiro, garante às instituições financeiras o recebimento das parcelas (já que o desconto é feito imediatamente na folha de pagamento e enviado, pelo empregador, às instituições financeiras) e, também por conta disso, os juros aplicados pelas instituições financeiras estão entre os mais baixos aplicados a todas as operações de crédito, sendo assim uma forma de acesso ao crédito interessante também para o consumidor.

E a Lei dos Consignados, ao intuir sobre a possibilidade de que alguns beneficiários, por conta da ampla oferta de crédito, pudessem formalizar inúmeros contratos, estabeleceu que a soma dos valores das parcelas comprometidas com as obrigações assumidas, atingidas pela consignação (desconto direto em folha de pagamento), podem comprometer, no máximo, 35% da renda dos consumidores (devedores). Este percentual possibilita o endividamento sem que seja atingido o mínimo existencial do devedor (consumidor, já que a relação com as instituições financeiras é uma relação de consumo).

O motivo da limitação em 35% (inicialmente era de 30%) parece evidente. A consignação é feita diretamente na folha de pagamento do consumidor, o que resulta na impossibilidade uso dos recursos para outras obrigações (ainda que mais necessárias ou urgentes). A limitação permite que o consumidor tenha uma reserva adequada para suas outras necessidades e, com isso, não ultrapasse o limite recomendável de endividamento com as instituições financeiras (que ofertam crédito ao consumidor), o que já é seguido em outras leis que tratam de financiamentos ao consumidor e têm o mesmo sentido protetivo (como a lei que trata da aquisição de imóvel pelo SFH).

A razão da lei (seu fundamento), portanto, é proteger o consumidor do superendividamento. É verdadeiro dirigismo estatal, sem dúvida, mas perfeitamente alinhado com o comando constitucional de proteção aos consumidores e de garantia ao mínimo existencial. Ainda é importante considerar que o referido Projeto de Lei (PLS nº 3.515/2015) também estabelece um teto (limite) para o endividamento dos consumidores (máximo de 30%, de acordo como PLS), estando a previsão legislativa da “Lei dos Consignados” em perfeita sintonia com o que se entende adequado para o tratamento do superendividado (sem contar com iniciativas de outra natureza, como a educação financeira do consumidor, a restrição de determinados tipos de propaganda etc.).

Assim, é possível (e mesmo recomendável) o uso da analogia para aplicar o limite previsto na “Lei dos Consignados” para os casos de consumidores superendividados (hipervulneráveis), que tenham contratos estabelecidos com instituições financeiras e que ofendam a garantia ao mínimo existencial. Em outras palavras, é possível admitir que a soma das obrigações financeiras assumidas pelos consumidores hipervulneráveis seja limitada em 35% do total dos seus rendimentos, preservando o mínimo existencial e não interferindo, diretamente, no valor devido às instituições financeiras, que teria o prazo de pagamento alongado (em razão da limitação de 35% que seriam impostas pelo judiciário), mas que não sofreria redução, já que não há previsão legal para isso.

A aplicação analógica da Lei nº 10.820/2003 é uma necessidade de integração do ordenamento jurídico. O número de inadimplentes (pessoas em atraso com suas obrigações há mais de noventa dias) é considerado normal, dentro dos limites encontrados em outros países. O sistema bancário (financeiro) brasileiro tem inúmeras outras possibilidades de garantir o adimplemento das obrigações assumidas, podendo, inclusive, avaliar o potencial dos consumidores ao liberar o crédito. Não há, portanto, uma previsão de “desastre econômico” ou inadimplência em massa com o uso da analogia para os casos indicados. Os dados de inadimplentes do sistema financeiro publicados pelo BACEN e a restrição de sua aplicação analógica apenas aos casos de consumidores superendividados (que é um conceito diferente e muito mais restrito que o conceito de inadimplente) parecem suficientes para sugerir que a aplicação (pelo Poder Judiciário) do limite de comprometimento de renda é uma medida adequada ao problema experimentado por alguns consumidores, já tendo sido, inclusive, aplicada em parte pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, embora ainda não tenha sido admitida no Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer forma, é necessário garantir os direitos fundamentais do consumidor superendividado. O fato do reconhecimento de lacuna na questão do superendividado não é um argumento que resulte em desconsiderar a real necessidade de interferência nas relações estabelecidas para garantir direitos fundamentais. A primazia dos direitos fundamentais é justificativa mais do que suficiente para a aplicação analógica proposta, garantindo o comando constitucional de proteção aos consumidores, mais especialmente ainda aos superendividados.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

AFONSO, Luiz Fernando. Uma reflexão hermenêutica da defesa do consumidor: a interpretação das relações de consumo como instituto da pós-modernidade e da sociedade de risco. **Revista de Direito Privado**. vol. 47. p. 505 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELAGRÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALONSO GARCÍA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. v. 26, n. 102 p. 207-230, abr/jun. 1989.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 2, vol 9, p. 3-24, jan/mar. 2002.

BAIN & COMPANY, INC. **As oito grandes tendências de crescimento até 2020**. Disponível em http://www.bain.com/offices/saopaulo/pt/Images/The_great_eight_POR.PDF. Acesso em 20 de agosto de 2016.

BARBER, Benjamin R. **Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos**. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios**

constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais:** orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais.** vol. 919. p. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BATISTA, Erika. **Fordismo, taylorismo e toyotismo:** apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Terceiro Simpósio de Grupos de Pesquisa da Universidade estadual de Londrina. Disponível em http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf. Acesso em 23 de outubro de 2016.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2014 (Ebook)

_____. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2005.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **O mal-estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BERTMAN, Stephen. **Hiperculture: the human cost of speed**. Westport: Praeger, 1998.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Atualizada por Achiles Beviláqua e Isaias Beviláqua. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

_____. **A Constituição e o Código Civil**. Revista dos Tribunais. vol. 97. Set. 1935.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo; Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURDIER, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Tradução de Daniela Kern. 2. ed. revista. Porto Alegre: Zouk, 2015.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Relatório de Economia Bancária e Crédito. Brasília: BCB, 2014. Disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/rebc_2014.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Elaboração de Cláudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_Superendividamento.pdf. Acesso em 10 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Medida Cautelar nº 16.128-RS-2009/0196276-5, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 04/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o Supremo**. 5. ed. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/livrariasupremo/produto.action?grupoId=produtoCF5-STF>. Acesso em 10 de agosto de 2016.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; DOLL Johannes. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 107. ano 25. p. 309 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAHINTEN, Augusto Franke; DANINTEN, Bernardo Franke. A proteção ao consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 106. ano 25. p. 135-165. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2009.

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. Rio de Janeiro: Zahar; São Paulo: EDUSP, 1992.

DÍAZ, Adrián Rentería. Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel;

SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. 9. ed. Tradução de Manuel do Rêgo Braga. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna.
Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O dever fundamental do Estado de proteger a pessoa da redução da função cognitiva provocada pelo superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 94. p. 157 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. de 2014.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lucia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justicia para erizos**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ESTEVEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Edson Luiz; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. (2 v)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A democracia através dos direitos**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho e y democracia**. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. Pasado y futuro del estado de derecho. Traducción de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GREGORI, Maria Stella. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 75. p. 247 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2010.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. Tradução de Cláudio Molz. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (2 v.)

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad**: esbozo de una eticidad democrática. Buenos Aires: Capital Intelectual; Katz, 2014.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 3(1): 34-41 janeiro-junho 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/733/175> 7. Acesso em 20 de setembro de 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009 (coleção Philosophia).

KENNEDY, Duncan. The globalization of critical discourses on law. In. BÚRCA, Gráinne; KILPATRICK, Claire; SCOTT, Joane (Orgs.). **Critical legal perspectives on global governance**. Oregon, Hart Publishing, 2014.

_____. The stages of the decline of the public/private distinction. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 130:1349, 1982. p. 1349-1357.

KENNEDY, Duncan; MICHELMAN, Frank. Are property and contract efficient? **Hofstra Law Review**. Vol. 8:711, 1979-1980, p. 711-770.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

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

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2015.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 141, p.99-109, jan/mar, 1999, p. 99 e ss.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os Pensadores).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 129. jan-mar. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 75. p. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2010.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARX, Karl. **Manuscritos econômicos-filosóficos**. Tradução de José Carlos Bruni, José Artuhur Giannotti, Edgar Malagodi e Walter Rehfeld. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores)

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2008.

MILL, J. S. **On liberty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 45. p. 81 e ss. São Paulo: Revista do Tribunais, outubro de 2003.

MORA, Mônica. **A evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010**. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2014. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td2022.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A constitucionalização do direito civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v.17, n.17, p. 79-89, 1999.

MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Crédito e caráter: uma análise do discurso moral. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 105. ano 25. p. 177-201. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun. 2016.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NERI, Marcelo. **A nova classe média: o lado brilhante da base da pirâmide**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Rafael Ferreira. **Efeitos da expansão do crédito consignado ao setor privado no consumo dos domicílios brasileiros**. 2012. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.12.2012.tde-05032013-205441. Acesso em 10 de setembro de 2016.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A lei (10.820/2003) do empréstimo consignado e a sua inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. a. 43. n. 172. Brasília: out-dez 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Racionalidade Moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **Sobre a Fundamentação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

_____. **Ética e Praxis histórica**. São Paulo: Ática, 1995.

OPPENHEIN, Felix E. Liberdade. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 42. Abr.-jun. 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La coherencia de los derechos fundamentales en la teoría garantista. **Revista Novos estudos Jurídicos**. vol. 12. p. 9 e ss. jan-jun 2007.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard. A. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

POCHMANN, Marcio. **Nova classe média?** o trabalho na pirâmide social brasileira. Rio de Janeiro: Boitempo, 2015.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade.** Tradução de Carlos Henrique de Oliveira Blecher e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-Estar na Modernidade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social:** e outros escritos. 22. ed. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2013.

SADER, Emir; GENTILLI, Pablo (Orgs.). **Pós-Neoliberalismo:** as políticas sociais e o Estado Democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética.** Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.083938-4, de São Bento do Sul, Relator Desembargador Altamiro de Oliveira, j. 22-07-2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI nº 0033215-65.2016.8.24.0000, Relator Desembargador José Carlos Carstens Köhler, j. em 26 de julho de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder:** ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. **Pela Mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, 3-76, 2003.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Orgs.). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis: Vozes; São Paulo: FAPESP, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 9. Jan/jun 2007b.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 61. p. 90 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2007c.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAVAGE, Jon. **A criação da juventude: como o conceito de *teenage* revolucionou o século XX**. Tradução de Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre-arbítrio**. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

SCHWARTZ, Fábio. A defesa do consumidor como princípio de ordem econômica: pressuposto inarredável para atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 94. p. 15 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2014.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?** 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SUSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOURAINÉ, Alan. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elias Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

UBEL, Peter A. **loucura do livre mercado**. Tradução de Rodrigo Lopes Sardenberg. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2014.

UNGER, José Mangabeira. Prefácio. In: SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?** 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho**. Madrid, Trotta, 2006.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 7. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1992.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

