

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

Emílio César Miranda

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O RESGUARDO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA POR MEIO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**Paranaíba/MS
2015**

Emílio César Miranda

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O RESGUARDO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA POR MEIO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS,
Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência
parcial para bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil

Paranaíba/MS
2015

EMÍLIO CÉSAR MIRANDA

**O SUPERENDIVIDAMENTO E O RESGUARDO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUAMANA POR MEIO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado, ____/____/____/

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dra. Juliana Nonato
Promotora de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*Aos meus pais
e ao meu irmão,
pelos ensinamentos e apoio constantes.*

AGRADECIMENTOS

Seria impossível dar início aos agradecimentos sem, em primeiro lugar, referir a Deus. Em sua bondade incomparável, hoje vislumbro que o caminho trilhado até aqui é em razão das forças por Ele concedidas e que, outras escolhas não poderiam ser melhores.

Aos meus pais, Inês e Liomar, por todo apoio e esforços manejados para a possibilidade da conclusão do curso. Na expectativa de sempre alcançar o sucesso, às vezes me esqueço das riquezas que possuo. A família unida e os laços de amor, carinho, respeito e compreensão, inevitavelmente são os maiores bens que o homem possa ter. Aliás, são por estes valores, adquiridos por meio daqueles que dedicaram uma vida para confeccionar a minha, que luto e me inspiro. Um amor, realmente incondicional.

Ao meu irmão, Felipe, simplesmente por tudo. Embora os pensamentos sempre foram semelhantes, ante a influência que um exerce sobre o outro, o atual momento é ainda mais peculiar. Mesmo distantes e em cursos diferentes, passamos pelas mesmas dúvidas, aflições e medos, mas, também, por momentos de confiança e sabedoria. De fato, o ano não seria o mesmo sem as longas conversas de domingo, sem os conselhos, sem as risadas. Mas hoje podemos soltar o grito da vitória, mais uma etapa está sendo cumprida, formamos juntos, sempre juntos. A visão do irmão mais velho como um herói é verdadeira, e me faz querer cada vez mais seguir seus passos, estar do seu lado. Se Deus um dia me permitir a realização dos meus sonhos, quero você lá pra lhe dizer: isso não teria acontecido sem você. O meu eterno obrigado, irmão.

A minha namorada, Isabela, pelo amor, carinho e forças. Agradeço também, por não só me suportar nos momentos de crise, como também, me acalmar e acreditar em mim nos momentos que eu mesmo duvidei. A sua companhia foi essencial para a conclusão desta etapa e, espero ter a honra de acompanhá-la em seus novos desafios. Obrigado por tudo.

Aos meus avós, Aneruaze e Arlindo (*in memoriam*), Deodato e Janira, pelo amor puro e cristalino sempre dedicados a mim. Deixo o meu agradecimento eterno ao lado do meu perdão. Perdão por não aproveitar mais cada segundo ao lado de vocês que, em contrapartida, fizeram e fazem de tudo pela minha simples companhia. Obrigado.

Ao meu primo Marko, vez que sem ele, jamais conheceria Paranaíba. A companhia nos dois primeiros anos da faculdade foram essenciais e dignos de serem recordados e comemorados, nesse final de ano, inclusive.

Aos familiares que sempre estiveram na torcida e que contribuíram para a realização desta caminhada.

Ao meu orientador e professor Mário Calil, pela compreensão e amizade. É inevitável que passar pelo quinto ano sem, nem que seja um único dia, sofrer um leve surto, é tarefa um tanto quanto difícil. Não obstante, a sua tranquilidade passada e confianças depositadas ao longo dos encontros, deixaram as coisas mais leves. O conhecimento transmitido é inspirador, conhecimento, aliás, que parece inerente à sua figura. O meu muito obrigado, professor. Aguardo o convite para o “PS4” em Ituiutaba/MG.

A Doutora Juliana Nonato, Promotora de Justiça, por me acolher em sua equipe e pelos quase dois anos de aprendizados. Seria impossível não agradecer a confiança demonstrada em meu trabalho, o que se converte em combustível para tentar melhorar a cada dia. Período que guardarei com carinho e, que inclusive, já tenho saudades antecipadas. O profissionalismo em conjunto com o brilhante papel de mãe, são inspiradores e comprovam a possibilidade do ótimo trabalho em ambos.

Ao grande amigo Roberto Oliveira, pela amizade, companheirismo e ensinamentos que já são costume. Por evidente, sempre tentamos nos espelhar naqueles que, próximos, são exemplo de dedicação, esforço, disciplina e fé. Indubitavelmente, esses valores lhe acompanham, amigo. Obrigado pelas dicas, pelos conselhos, pelos ensinamentos transmitidos de maneira brilhante e com maestria. A sua confiança em mim e o incentivo diário, são os melhores motores para se alcançar os sonhos profissionais. Exemplo não só de profissional, como de pessoa, a ponto de me fazer vislumbrar que Deus tem as melhores escolhas para nossa vida. Enfim, obrigado por tudo, meu grande amigo.

Aos amigos Diego Vinícius, Marcos Gabriel, Domingos Silvestre, Carlos Vinícius, Lucas Mascarós, Élide Lima, Émile Caroline, Juliana Gomes, Victor Hugo, Jaime Neto, Naiane Vieira, Laís Silveira, Laura Cogo, Will Strege, Lucas Tizzo, Bruno Moura, Lívia Menezes, Sávio Cerizza, Leonardo de Paula, André Luiz Filho, Murilo Mendes, Rodrigo Moretti, pela amizade e companheirismo de sempre. Por óbvio, vocês deixaram essa caminhada mais leve e prazerosa de se trilhar. A vocês, o meu mais sincero obrigado.

A todos aqueles que, não lembrados, mas também importantes, contribuíram de forma direta ou indireta para a conclusão dessa etapa.

*Entrega o teu caminho ao Senhor; confia nele, e ele tudo fará.
(Salmos 37:5)*

RESUMO

O superendividamento é um estado de crise financeira individual em que o consumidor de boa-fé fica impossibilitado de adimplir seus débitos frente à todos os seus credores, de modo a adentrar em círculo vicioso de dívidas, do qual sua remoção encontra óbices por parte do cenário financeiro atual. Nesse contexto, o consumidor superendividado, em razão de sua parte passiva superar a parte ativa, compromete o seu mínimo existencial, garantidor de uma subsistência digna, ante à impossibilidade de saldar seus débitos e contratar novo crédito, visto nessa perspectiva, como garantidor da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo, resguardar a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo em que num dos polos figure o consumidor superendividado, por meio do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para tanto, o presente trabalho será pautado em pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, artigos e textos jurídicos, fontes jurisprudenciais, monografias, periódicos e demais instrumentos autorizados, que poderão ser encontrados por meio da rede mundial de computadores. Inolvida-se que não se busca um modelo padrão e estanque que alicerce a atuação do legislador ou judiciário de modo a proteger o consumidor superendividado na relação de consumo. Destarte, busca-se tão somente, o resguardo da dignidade da pessoa humana, conquanto princípio fundamental e supremo da Constituição Federal de 1988, daquele em que encontra-se num estado de superendividamento, por meio dos instrumentos, ainda escassos, presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: superendividamento. dignidade da pessoa humana. eficácia horizontal dos direitos fundamentais. mínimo existencial.

ABSTRACT

The over-indebtedness is an individual financial crisis status in which the consumer in good faith is unable to pay its debts front of all its creditors in order to enter in vicious circle of debts, which its removal is blocked by obstacles from the current financial scene. In this context, the over-indebtedness of the consumer, due to its debt share overcome its credit share, compromises their existential minimum, guarantor of a decent livelihood, compared to the inability to pay off its debts and hire new credit, as it's being seen in this perspective, as the guarantor of the human person's dignity . Thus, this paper aims, it's safeguarding the dignity of the human person as in consumer relations in which one of the poles stands the over-indebted consumer, through the study of the horizontal effect of fundamental rights, namely the linking of individuals to fundamental rights. To this end, the present work will be guided by relevant literature to the topic, articles and legal texts, jurisprudential sources, papers, periodicals and other permitted instruments, which can be found throughout the World Wide Web. It remarks that is not seeking a standard and watertight pattern to base the legislature's action or judicial order to protect the over-indebted consumer in a consumer relationship. Thus, it seeks solely the safeguarding of human dignity, while fundamental and supreme principle of the 1988 Federal Constitution, of whosoever is in a over-indebtedness status, through the instruments, yet scarce, that are present in the Brazilian legal system.

Keywords: Over-indebtedness. Dignity of Human Person. Horizontal Effect of the Fundamental Rights. Existential Minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 Contexto, conceito e noções gerais	14
1.2 Motivos e fatores provocantes do superendividamento	17
1.3 Medidas para prevenir o superendividamento	19
1.3.1 O direcionamento de instrumentos gerais contidos no CDC para prevenção do superendividamento.....	21
1.3.1.1 <i>Do dever de informar</i>	21
1.3.1.2 <i>Da proibição das cláusulas abusivas</i>	23
1.3.1.3 <i>Da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual</i>	26
1.4 A revisão dos contratos como medida de tratamento do superendividamento	28
1.5 Da insolvência civil	32
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	35
2.1 Características dos direitos fundamentais	36
2.1.1 Universais e absolutos	36
2.1.2 Historicidade.....	36
2.1.3 Inalienabilidade e indisponibilidade	37
2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana	38
2.2.1 A tentativa de delimitação	39
2.2.2 O princípio da proporcionalidade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana	42
2.3 O crédito de consumo como direito fundamental	43
3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GARANTIA DO MÍNIMO ESSENCIAL	46
3.1 O princípio da autonomia da vontade	47
3.1.1 Breves considerações acerca do Estado Liberal e a ideologia do liberalismo.....	48
3.1.2 Breves considerações acerca do Estado Social.....	50
3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais	53
3.2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta	55
3.2.1.1 <i>Críticas ao modelo da eficácia indireta ou mediata</i>	56
3.2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta	58
3.2.2.1 <i>Críticas ao modelo da eficácia direta ou imediata</i>	59

3.3 O modelo a ser adotado para fins de resguardar a dignidade da pessoa humana do consumidor superendividado	60
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O atual cenário do crédito no país é marcado por uma intensa democratização que alcança as mais diversas classes econômicas. Não se mostra distante compreender que essa massificação do crédito ao consumo, com promessas de facilidade para os consumidores em arcarem com o pactuado, evidencia-se um grande equívoco.

De fato, o crédito pode ser visto como um instrumento imprescindível para o alcance das necessidades básicas, a citar alimentação, saúde, moradia, educação e demais utilidades. No entanto, entre os mais variados motivos, o abuso do crédito constitui-se em um mal capaz de comprometer justamente essas utilidades que, *a priori*, deveria resguardar.

Nesse contexto, o uso desmedido e não planejado do crédito, tem causado uma constante busca por novos empréstimos, de modo a impossibilitar o consumidor de liquidar os débitos contraídos. Esse inadimplemento, decorrido de boa-fé, faz com que o consumidor adentre em um círculo vicioso de dívidas em que cada vez mais, afunda-se em uma crise financeira individual, em que sua resolução aparenta impossível.

Salienta-se que dessa circunstância – impossibilidade do consumidor de boa-fé adimplir suas dívidas – surge o estado de crise econômico-financeira denominado superendividamento.

Com efeito, embora o Código de Defesa do Consumidor adveio como um grande avanço na tutela dos vulneráveis, impende ressaltar que não dedicou-se em seu texto tratamento específico ao fenômeno do superendividamento.

Não obstante, a despeito dos esforços da melhor doutrina consumerista nacional ao tentar estudar de maneira pormenorizada o instituto, vale lembrar que o fenômeno do superendividamento insurge como um tema novo e que ganha rumos inéditos no atual cenário do direito brasileiro, ante a vasta liberação do crédito ao consumo.

Aliás, é a partir dos novos caminhos traçados em que se vislumbra uma necessidade de maiores estudos. A impossibilidade não só de saldar seus débitos, como também de contratar novos créditos, deixa o consumidor superendividado numa espécie de falência da pessoa natural, capaz de comprometer o seu mínimo existencial.

É importante consignar que para a recuperação desse consumidor necessitar-se-á de um estudo sistematizado em todo o ordenamento brasileiro, possível a partir da característica de microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo, resguardar a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo em que num dos polos figure o consumidor superendividado, por

meio do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Nessa esteira, o estudo do tema torna-se extremamente relevante ante a escassez dos instrumentos no ordenamento jurídico pátrio que objetivem uma recuperação do consumidor superendividado, de maneira a resguardar a sua dignidade enquanto parte vulnerável na relação de consumo.

Para tanto, o presente trabalho será pautado em pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, artigos e textos jurídicos, fontes jurisprudenciais, monografias, periódicos e demais instrumentos autorizados, que poderão ser encontrados por meio da rede mundial de computadores

Destarte, no primeiro capítulo do trabalho, tratar-se-á do superendividamento no direito brasileiro, a fim de definir seu conceito, bem como elencar os fatores que dão causa à este estado de crise sócio-econômica. Ainda, levantar-se-á os possíveis instrumentos dispostos no Código de Defesa do Consumidor, tendentes a evitar e tratar esse celeuma, mesmo que de forma indireta. Em última análise, ainda no primeiro capítulo, far-se-á um breve comentário acerca da insolvência civil, prevista no Código de Processo Civil, a fim de correlacionar ambos os institutos.

No segundo capítulo, abordar-se-á os direitos fundamentais, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, e parâmetro a ser alcançado nas relações de consumo, visto em um dos polos figurar o consumidor vulnerável. Não obstante, observar-se-á também, de forma breve, o princípio da proporcionalidade como decorrência da dignidade da pessoa humana.

Por fim, tratar-se-á no terceiro capítulo, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como instrumento para se alcançar a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. Nesse diapasão, abordar-se-á o princípio da autonomia da vontade como patente obstáculo à essa vinculação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, para, *a posteriori*, abordar as vertentes da eficácia indireta ou mediata e da eficácia direta ou imediata. Ainda no último capítulo, a adequação de um modelo para fins de resguardar o mínimo existencial do consumidor superendividado.

Salienta-se que não buscar-se-á esgotar os assuntos sobre o tema em um breve trabalho de conclusão de curso. O que se pretende, portanto, é elencar o princípio da dignidade da pessoa humana como um rumo indissociável das relações de consumo, em que figure numa das partes, um consumidor superendividado, vez que, devido ao seu estado de crise financeira individual, carece de atenção especial por parte do legislador e do judiciário.

1 O SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

No presente capítulo, tratar-se-á do fenômeno do superendividamento, de modo a organizar as ideias que serão elencadas no trabalho. Nesse rumo, em princípio, será exposto seu conceito com base na melhor doutrina brasileira, contextualizando-o com o atual sistema de crédito do país.

Não obstante, tentar-se-á compilar os motivos e fatores desencadeadores do superendividamento, bem como os instrumentos dispostos no Código de Defesa do Consumidor, que mesmo de forma indireta, eventualmente serão utilizados como medidas para prevenir e tratar a crise financeira individual do consumidor.

Por derradeiro, far-se-á uma breve análise da insolvência civil a fim de correlacionar o estado do superendividamento.

1.1 Contexto, conceito e noções gerais

A democratização do crédito ao consumo para pessoas físicas no Brasil expandiu-se no decorrer das últimas décadas. Como consequência, sobreveio a facilidade exacerbada para a aquisição de empréstimos e crescimento do mercado financeiro. Todavia, a concessão de crédito irresponsável e fatores de caráter intrínsecos e extrínsecos dos consumidores, originou um fenômeno característico da sociedade moderna, conhecido como superendividamento.

Muito embora o endividamento seja sustentado como “um mal necessário” para a expansão do mercado financeiro, é inarredável a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio garantidor do desenvolvimento econômico sem comprometer o mínimo existencial do consumidor vulnerável em decorrência das dívidas contraídas (NABUT, 2013, p. 202).

A partir disso, o crédito ao consumo, conquanto objeto meio para a consecução de direitos essenciais, tais como, educação, saúde e bem estar, assume uma posição moderna de mero adorno e apetrechamento, em que o consumidor evolui à um estado crônico de dívidas, onde passa a merecer atenção do legislador e judiciário.

Diante dessa perspectiva, “o crédito, apresentado como uma possibilidade para todos os consumidores de ter acesso aos produtos oferecidos pela sociedade da abundância, se transforma em um mecanismo de exclusão social” (COSTA, 2002, p. 89).

Nesse contexto, explica Lima (2014, p. 26-27) que nos casos mais graves de expansão do crédito ao consumo, “as dívidas superam o patrimônio do devedor (bens e rendas), impossibilitando o seu pagamento”, fato determinante que além de ser fonte de isolamento e

marginalização do superendividado, “gera um custo social elevado que desafia os poderes públicos a encontrar uma solução”.

Diante disso, imprescindível a conceituação do fenômeno superendividamento, nos diversos dizeres da doutrina, para fins de elucidação do presente trabalho. Logo, “o superendividado é aquele que possui muitas dívidas, é aquele que compõe o pólo passivo de diversas prestações, podendo ou não vir a adimpli-las” (GIANCOLI, 2008, p. 120).

De forma didática, Schmidt Neto (2009, p. 170) salienta “que a falência está para a insolvência como a recuperação de empresas (antiga concordata) está para o superendividado”. Essa concepção se faz entender vez que viabiliza a superação da situação de crise em que se encontra o superendividado, para fins de preservar sua condição econômica e sua capacidade de crédito.

Em consonância com o entendimento sustentado por Giancoli (2008, p. 85), a “inserção do consumidor no âmbito de aplicação da recuperação judicial e extrajudicial é necessária, pois não existem regras específicas de recuperação de crédito do consumidor endividado no CDC com a mesma amplitude que as dispostas na Lei n. 11.101/05”.

No entanto, sem adentrar à recuperação judicial no momento e, ainda abordando o conceito do fenômeno em questão, tem-se que “o traço comum a todas as definições é a impossibilidade do devedor de pagar todas as suas dívidas, atuais e futuras, com seu patrimônio e seu rendimento” (LIMA, 2014, p. 33-34).

Em contribuição ímpar, Marques (2006, p. 256) aduz:

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos). Este estado, é um fenômeno social e jurídico a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo direito do consumidor.

De tal maneira, não menos didática, entende-se o superendividamento como uma crise sócio-econômica em que se encontra o consumidor, ao deparar-se com um passivo (entendido como dívidas) superior ao ativo (rendimentos e receita), impossibilitando-o de adimplir os débitos de maneira duradoura.

Importante salientar que, opina-se pela incapacidade de adimplemento duradouro ao passo que nem sempre os motivos de inadimplência das obrigações são decorrentes de fatores análogos aos do superendividamento. Logo, “não se pode tomar como superendividamento todos os casos de descumprimento: embora o endividamento excessivo gere a inadimplência, o inverso não é necessariamente correto” (SCHIMIDT NETO, 2009, p. 169).

Doutrinariamente e seguindo o modelo europeu, o superendividamento é dividido em passivo e ativo, como elucida Lima (2014, p. 34):

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

Consoante classificação apresentada pela autora e pautado no entendimento majoritário da doutrina, a boa-fé é vista como requisito essencial para a configuração do superendividamento. Nesse caminho, aquele consumidor que der razão ao superendividamento em virtude da má-fé ao contratar crédito ao consumo, ou seja, o superendividado ativo consciente, não recairá a incidência do instituto e, conseqüentemente, não será objeto do presente trabalho.

É de bom alvitre consignar que o fenômeno do superendividamento apenas se opera quando verificada a boa-fé do endividado. O Código de Defesa do Consumidor não deixou margens para entendimento diverso, mormente ter adotado a boa-fé objetiva como princípio.

Sobre a boa-fé objetiva, Nunes (2013, p. 204) define “como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo”.

Destarte, “a boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se moldar” (NUNES, 2013, p. 207). Oportunamente, é um dever de lealdade existente entre as partes, a fim de garantir a integridade do direito de ambos os polos da relação consumerista.

Nesse escólio, forçoso entender que os métodos para eventual tratamento do superendividamento, bem como o instituto da revisão contratual previsto no art. 6º, inciso V do CDC, apenas serão válidas para as relações de consumo imbuídas de boa-fé do consumidor.

Além do mais, ao deparar-se com um estado de extrema vulnerabilidade econômica de uma das partes da relação de consumo ou até mesmo de superendividamento, o magistrado

deverá examinar o mérito, considerando desde logo, a condição de boa-fé e lealdade em que as partes se encontram.

Merece destaque o momento pelo qual a boa-fé deve ser aferida. Para Giancoli (2014, p.103) ao tratar do superendividamento como hipótese de revisão de contrato de crédito, alerta que a apreciação da boa-fé deve ser atingida não tão apenas na apresentação da demanda, mas também, deve-se analisar no momento da origem do superendividamento, e como este se desenvolve.

Não obstante, ensina que “devem ser considerados de boa-fé inclusive os consumidores superendividados que, aprisionados por uma espiral de endividamentos, agravaram sua situação para pagar dívidas antigas” (GIANCOLI, 2014, p. 103).

Por evidente, não torna-se plausível considerar de má-fé o endividado que visa adimplir débitos passados que deram razão ao superendividamento, por motivo de gastos supervenientes extraordinários, tendo em vista o crédito ser meio para se atingir garantias fundamentais inerentes à cada pessoa.

De mais a mais, a classificação do superendividamento como ativo e passivo, na lição de Marques (2006, p. 258) “é importante, uma vez que, acompanhando a objetivação das condutas, tenta fugir da ideia de culpa subjetiva contratual do consumidor, e tende a superar a diferença entre fatos subjetivos e objetivos supervenientes”.

Sob essa égide, passa-se a expor os motivos propulsores e fatores supervenientes causadores do desequilíbrio econômico-financeiro.

1.2 Motivos e fatores provocantes do superendividamento

Ao tentar compreender as causas do superendividamento, Pereira (2006, p. 160) remete “à reflexão quanto ao modo de vida na atual sociedade de consumo, quanto às consequências do consumo exacerbado e às perdas que implica em termos humanos e ambientais”.

Dentre os mais diversos fatos supervenientes que desequilibram o lado econômico do consumidor, elenca-se os “acidentes da vida”, assim entendido por Marques (2006, p. 258), como os mais comuns. São eles, desemprego, redução de salários, aumento do preço de produtos no mercado tidos como essenciais em decorrência da inflação, morte daquele que contribui no sustento da família, gastos médico-hospitalares, nascimento de filho, gastos com educação etc.

Nada obstante, acrescenta-se também o abuso do crédito, tais como, “baixa imprevisível dos recursos, alta das taxas de juros, alta ou baixa do dólar, necessidade de empréstimos suplementares etc.” (MARQUES, 2006, p. 258).

No mesmo caminho, salienta Lima (2014, p. 61) que os “consumidores costumam fazer suas escolhas subestimando os riscos futuros. Tratando-se do crédito, costumam subestimar os riscos que seu uso excessivo pode acarretar para si e para suas famílias”.

Fato que ilustra a insolvência do devedor no âmbito do abuso do crédito é o denominado “preço diferenciado”, decorrente do processo inflacionário que assolou o país por mais de vinte anos. Nessa ideia, vislumbra-se um preço para o pagamento à vista e outro preço para o pagamento à prazo (NUNES, 1997, p. 133).

Todavia, explica Nunes (1997, p. 133):

“Preço diferenciado” é uma expressão equívoca. Na verdade diferencia-se não o preço mas a forma de pagamento do preço. Preço é sempre um só: aquele fixado para pagamento à vista. Quando da ocorrência de outro preço para pagamento à prazo, a verdade é que a modificação (aumento) do valor refletia a projeção dos efeitos da perda monetária, fruto da inflação. O preço não era diferente; o acréscimo decorria da forma escolhida para o pagamento do preço. Pagar com cartão de crédito é pagar a prazo. Assim, se o consumidor pagasse com cartão de crédito, era natural que o comerciante acrescesse um certo valor ao preço à vista, porque o recebimento do valor relativo ao preço somente se daria, normalmente, cerca de trinta dias depois. Nesse momento, quando o preço fosse pago, se não tivesse sofrido nenhuma majoração, teria, a “contrario senso”, sofrido uma diminuição exatamente proporcional, em sentido inverso, fruto da perda monetária gerada pelo processo inflacionário.

Nesse contexto, muito embora restar-se evidente a diferença entre preço e formas de pagamento, não se torna prejudicado vislumbrar o estado em que se adentra o consumidor em decorrência do abuso do crédito.

Corroborando essa percepção, o grande número de compras, às vezes, desnecessárias, efetuadas com o uso de cartão de crédito e cheque – embora este, cada vez mais em desuso – em que o consumidor assume várias parcelas para adimplir, tornando-o impossibilitado de honrá-las.

É nesse contexto que Costa (2002, p. 64), vislumbra fatores internos e externos do consumidor que o impossibilita de fazer frente aos débitos:

Talvez estimulados pelo sistema de publicidade pernicioso a realizar compras irracionais, ou talvez vítimas de um evento exterior à sua vontade, como, por exemplo, o desemprego, a doença ou o divórcio, os consumidores-devedores correm o risco de se tornarem incapacitados de cumprir suas obrigações.

Em um conjunto da análise ao fator interno e externo do problema, Giancoli (2008, p. 113), também justifica o endividamento excessivo em decorrência da,

Popularização de uma cultura consumista, fruto da disseminação do crédito, o qual permite a desregulamentação de todas as restrições tradicionais do consumo (livre-arbítrio e poder aquisitivo), especialmente entre os setores mais “baixos” da população, inculcando gostos e desejos sem utilidade funcional, os quais permitem o, entre outras consequências, o surgimento do fenômeno do superendividamento. Tal resultado decorre da associação direta da cultura do consumo com o dinamismo cognitivo do desejo de consumir, em outras palavras, na vigência deste fenômeno social os “desejos” do consumidor não podem ter fim, devem ser insaciáveis, isto é, estagnadas num ciclo vicioso.

Em outra perspectiva que, é vista como fatores externos que ocasionam a exclusão total do consumidor-devedor do mercado de consumo e o leva a um estado de superendividamento, pontua-se:

A massificação do acesso ao crédito [...], a forte privatização dos serviços essenciais e públicos, agora acessíveis a todos, com qualquer orçamento, mas dentro das duras regras do mercado, a nova publicidade agressiva sobre crédito popular, a nova força dos meios de comunicação de massa e a tendência de abuso impensado [aqui como fator interno] do crédito facilitado e ilimitado no tempo e nos valores, inclusive com descontos em folha e de aposentados (MARQUES, 2006, p. 260).

A partir de todas as contribuições propostas pela doutrina, classificam-se então as causas do superendividamento em fatores internos e externos do problema. Nesse diapasão, por aqueles, fatores internos, entende-se as causas pessoais, internas e psicológicas do consumidor-devedor. Já naquelas outras, fatores externos, tem-se a publicidade abusiva, a facilidade do crédito e todos os outros meios econômicos postos à disponibilidade que assolam a ponderação do consumidor na hora de contratar crédito ao consumo.

Feitas as considerações acerca do contexto em que se encontra o fenômeno do superendividamento, bem como elencados seus possíveis causadores no âmbito interno e externo do consumidor, cabe, por bem, salientar agora, as eventuais formas de prevenção, para que o consumidor não se deixe ver impossibilitado de arcar com suas dívidas.

1.3 Medidas para prevenir o superendividamento

É necessário, *a priori*, frisar que a massificação do crédito e sua facilidade para contratar sem dúvidas traz benefícios tanto para aquele que se encontra em uma situação econômica confortável, como para os que se encontram em situação financeira delicada.

Além do mais, dentre os seus efeitos positivos, encontra-se a melhoria do nível de vida da população, ao ponto que garante o acesso a direitos básicos, tais como, moradia, saúde, educação e lazer.

A esse respeito, “se diz que o uso do crédito nas finanças domésticas está se tornando tão comum que o acesso igualitário ao crédito está se convertendo em um direito social muito semelhante ao acesso a empregos, moradias, serviços médicos, entre outros” (BERTONCELLO; LIMA, 2006, p. 193).

Ainda na mesma linha, o crédito ao consumo produz uma alta na atividade industrial e empresarial do país, ousando-se a entender, de maneira a estabilizar a economia, gerando empregos e cessando crises com demissões em massa.

Todavia, entende-se que no contrato de crédito ao consumo, “a obrigação do mutuário é de reembolsar o capital emprestado no prazo convencionado, sob a ameaça de cláusulas penais. Ele deve pagar também os juros, salvo se o crédito for gratuito” (COSTA, 2002, p. 64).

Logo, não reembolsando o valor pactuado e o acúmulo da incidência de juros, a administração das dívidas fogem ao controle do consumidor-devedor, em que passa adentrar à um estado de endividamento excessivo, como já abordado anteriormente.

É nesse escólio que torna-se necessário a atenção do legislador brasileiro para com a regulação de forma a prevenir e tratar o superendividamento, o que, atualmente, encontra-se silente e tímido diante do direito comparado¹.

Ao tratar do superendividamento a partir de pormenorizada análise ao direito comparado, bem explica Marques (2006, p. 261):

Para evitar essa “falência”, os países desenvolvidos e industrializados, como Estados Unidos da América, Canadá, França, Inglaterra, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e tantos outros, criaram uma série de inovações legislativas, muitas advindas da jurisprudência, para prevenir e – analogicamente à concordata comercial – tratar em especial um processo extrajudicial específico, amigável ou administrativo, visando à renegociação e ao parcelamento para pessoas físicas não profissionais (consumidores) de boa-fé, permitindo um tratamento e um *approach* global da situação de superendividamento dos consumidores.

¹ É imperioso ressaltar que a análise ao direito comparado no que tange ao tratamento do superendividamento, foge ao tema abordado no presente trabalho. O que se verá ao longo do conteúdo, serão simples analogias ao modelo brasileiro, assim como notas informativas a fim de melhor compreender o tema sugerido.

Não obstante, direciona-se o estudo, neste momento, a abordar as tímidas medidas contidas no Código de Defesa do Consumidor destinadas a proteger a parte vulnerável na relação de consumo.

Por evidente, embora tais medidas não sejam estancadas especificamente para prevenir o superendividamento, salienta-se por seu uso no presente estudo como instrumento de prevenção do fenômeno econômico-social aqui abordado.

1.3.1 O direcionamento de instrumentos gerais contidos no CDC para prevenção do superendividamento

É necessário repisar que, embora o Código de Defesa do Consumidor cuide da tutela do vulnerável, não se olvida que ao falar-se em superendividamento, a lei consumerista careceu de precisão e especificidade a fim de disponibilizar instrumentos ou institutos capazes e eficientes para uma recuperação do consumidor extremamente endividado.

No entanto, é mister consignar que na prática de tutelar os direitos do vulnerável, conseqüentemente, o Código de Defesa do Consumidor elencou medidas capazes de evitar esse momento de crise econômica individual. É a partir disso, que estudar-se-á a seguir o dever de informar, a proibição das cláusulas abusivas, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

1.3.1.1 Do dever de informar

Como primeiro instrumento de prevenção do superendividamento, elenca-se o dever de informar. Marques (2006, p. 286) aduz que “é a informação detalhada ao consumidor, oriunda de uma dever de boa-fé de informar e esclarecer o leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda”.

Esse dever de informação está previsto no art. 52 do CDC², em que trata da obrigatoriedade do fornecedor em informar nos casos de contratos envolvendo outorga de crédito, ou seja, contrato de crédito ao consumo.

² Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III – acréscimos legalmente previstos;

Em complementação ao dispositivo, Nabut (2013, p. 192) aduz que também é dever do fornecedor “esclarecer todos os pormenores do contrato, como as taxas e tributação a ele incidentes, como taxa de abertura de crédito, Imposto sobre Operações Financeiras, e o que vem a ser a comissão de permanência, por exemplo”.

Embora o dever genérico de informação esteja presente ao longo de todo o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, não se pode olvidar que os contratos de crédito ao consumo merecem atenção e informações especiais, ao passo que “podem levar ao superendividamento” (BERTONCELLO; LIMA, 2006, p. 196).

É importante ressaltar que o consumidor deve ter acesso à todas as informações, tais como, juros, acréscimos e valor final, de forma clara e completa anteriormente da celebração do contrato, de modo a analisar pormenorizadamente os riscos que poderão advir da obrigação a ser firmada.

Não obstante, ao fazer o levantamento de todos os benefícios e prejuízos que o contrato de crédito possa gerar, o consumidor terá condições de determinar seu custo, analisar as vantagens que poderão advir do pagamento à vista, bem como a comparação de preços com outros financiamentos disponíveis no mercado (BERTONCELLO; LIMA, 2006, p. 198).

O que resta patente é a necessidade do consumidor em ser informado sobre questões relevantes, a fim de analisar a possibilidade de contratar. Inobstante, ao fornecedor supõe o dever de advertir quanto aos riscos que a celebração do contrato pode ocasionar, mesmo na incerteza da concretização deste (NABUT, 2013, p. 191).

Segundo Bartoncello e Lima (2006, p. 198), a obrigação de informar respalda “justificativa na necessidade de assegurar o equilíbrio entre as partes desde o início da contratação, pressupondo a ignorância legítima do consumidor que contrata com um profissional”.

Seguindo essa linha de raciocínio, a fragilidade em que se encontra o consumidor enquanto pessoa leiga no tocante aos riscos que o contrato de crédito pressupõe, o coloca numa situação ainda mais vulnerável ante a carência no acesso à informação.

Resultado não seria outro, senão um completo endividamento em medidas desproporcionais àquelas passíveis de serem sustentadas pelo consumidor-devedor. Frisa-se, ademais, que em diversas ocasiões o contratante superestima sua capacidade de reembolsar o crédito contratado.

Por evidente, que essa superestimação na sua capacidade para adimplir o pacto firmado, decorre da escassa análise aos riscos que o contrato de crédito implica. Repisa-se, oportunamente, que o fornecedor é personagem brasileiro agravante da referida situação econômico-financeira, em razão de, não transmitir de forma clara e inequívoca os riscos que a celebração do contrato de crédito ao consumo ocasiona.

Aliás, ousa-se entender que o dever de informação do fornecedor atua conjuntamente com o dever de conselho, ao passo que os fornecedores “estão obrigados não somente a informar como, também, aconselhar o consumidor, evitando com que assuma um crédito que não terá condições de reembolsar” (BERTONCELLO; LIMA, 2006, p. 198).

Essa atuação conjunta se interpreta tendo em vista a legislação e doutrina brasileira não terem feito a diferenciação ou separação entre informar e aconselhar, como acontece, por exemplo, na doutrina francesa (BERTONCELLO; LIMA, 2006, p. 198).

Inobstante à isso, será estudado a seguir as disposições do Código de Defesa do Consumidor a fim de proibir as cláusulas abusivas.

1.3.1.2 Da proibição das cláusulas abusivas

Outro instrumento utilizado como prevenção para o superendividamento é a proibição das cláusulas abusivas. Isso porque, ao perceber que não poderá fazer frente aos seus débitos, o consumidor de boa-fé, poderá rescindir unilateralmente o contrato de crédito que agrave sua situação econômico-financeira.

A respeito disso, Marques (2006, p. 277) explica:

Hoje, a primeira opção para evitar a ruína do parceiro contratual de boa-fé que sofre um acidente da vida seria permitir a rescisão ou o fim do vínculo a favor do inadimplente mais vulnerável. Assim, beneficiamos o inadimplente consumidor pessoa física, evitando que aquela dívida se torne uma dívida impagável, dívidas de escravidão, evitando assim o superendividamento. Tal constelação (pessoa física que contrata dívida impagável nas suas circunstâncias pessoais atuais, ou por viuvez, ou por desemprego ou por doença) geralmente acontece nos contratos envolvendo bens de grande porte, como promessas de compra e venda de imóveis ou compras no Sistema Financeiro da Habitação.

Trata-se, nada mais que um estado de situação de perigo do consumidor, decorrente dos ditos “acidentes da vida”, em que lhe é garantido o direito de pleitear o fim do pacto, evitando, desse modo, sua ruína econômica. Nessa conjectura, o art. 51, inciso IV do CDC³

³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

considera abusiva e nula a cláusula que interdita tal direito concedido ao consumidor (MARQUES, 2006, p. 277).

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PACTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CODECON - CLÁUSULA ABUSIVA - AÇÃO PROPOSTA PELO COMPRADOR. I - O comprador inadimplente pode pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos. II - Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindido este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem. III - Inviável discussão em torno de dedução de quantias pagas a título de despesas arcadas pela vendedora, por incidência da Súmula nº 07/STJ. IV - Recurso não conhecido.

(STJ, REsp n. 115.671/RS, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 08/08/2000, T3 - TERCEIRA TURMA)

Assim, o que se pretende aqui, é simplesmente impedir que o consumidor adentre em um círculo vicioso de dívidas, ante o desequilíbrio financeiro decorrente da celebração de sucessivos contratos de crédito. Vislumbra-se grande proteção à parte vulnerável, ao passo que mesmo inadimplente, poderá pleitear em juízo a resolução do pacto firmado.

Não por menos, cabe ressaltar que o desequilíbrio contratual que permite a resolução do contrato pelo devedor, poderá decorrer tanto dos chamados “acidentes da vida”, como também em face à desvalorização da moeda ou de critérios para atualização das prestações, como bem já foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 508.831/MG⁴.

De tal maneira, é inegável a quebra do paradigma estabelecido no art. 475 do Código Civil⁵, pelo qual apenas o credor – haja vista ser a parte lesada – poderá requerer a resolução do contrato ante a inadimplência do devedor.

Não se olvida que a lei consumerista buscou, de maneira bem sucedida, aliás, a proteção do vulnerável na relação de consumo, de modo a evitar o seu superendividamento.

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁴ CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CONSTRUÍDO. INADIMPLEMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. O devedor, inadimplente em virtude de onerosidade excessiva, seja por desequilíbrio resultante da desvalorização da moeda ou de critérios para atualização das prestações, pode pleitear a rescisão do contrato. Majoração da retenção, tendo em vista as peculiaridades da espécie. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(STJ - REsp: 508831 MG 2003/0005222-1, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 04/11/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.03.2006 p. 276RSTJ vol. 201 p. 444)

⁵ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Tanto se aduz que, a defesa garantida ao credor no Código Civil é transferida ao consumidor-devedor no Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, no âmbito da inadimplência do contrato previsto no Código Civil, o credor, parte lesada com a resolução do pacto, poderá lançar mão de indenização por perdas e danos em face do devedor. Por outro lado, na lei consumerista, o consumidor inadimplente poderá, não só requerer a resolução do contrato, como também a restituição das parcelas pagas⁶.

No mesmo caminho, a cláusula, contida em contrato ao consumo que prevê a perda total das prestações já pagas, será considerada nula. Tal vedação, ainda quanto à proibição de cláusulas abusivas, se extrai do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que assenta:

Nos contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (BRASIL, 2015, Código de Defesa do Consumidor).

Ora, vale sempre ressaltar que a tutela do direito do consumidor atua sempre quando da existência de desequilíbrio na relação de consumo. Por evidente, a perda de prestações já pagas é caminho extremamente desarrazoado. Esse desequilíbrio torna-se ainda mais patente, nas situações em que as parcelas foram adimplidas substancialmente.

Fala-se aqui, na teoria do adimplemento substancial que “reforça a ideia de que cabe apenas ao consumidor rescindir o contrato ou mantê-lo e que a melhor conduta do fornecedor é renegociar seus termos ou cooperar para que o consumidor possa adimpli-lo” (MARQUES, 2006, p. 274).

Nesse raciocínio, ao consumidor que se aproxima do adimplemento total do contrato, é garantido o ganho das prestações, ao passo que ao credor/fornecedor é vedado a resolução do pacto por um mero inadimplemento daquele, ou até mesmo, pela falta de um pequeno débito restante.

A explicação é a de que “um ‘pequeno’ inadimplemento do consumidor não é ‘substancial’ o suficiente para causar a rescisão por decisão do credor adimplente, se este é um fornecedor, ante o consumidor” (MARQUES, 2006, p. 275). A perda das prestações já

⁶ Nesse sentido, ver: EREsp 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.04.2002 e REsp 196.311/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 23.04.2002.

adimplidas configura ganho sem causa à parte credora, desequilibrando a base objetiva do contrato.

É muito comum atualmente, com a facilidade de contratar crédito ao consumo, deparar-se com a vulnerabilidade do consumidor, na medida em que impossibilitado de adimplir as últimas prestações, ou até mesmo a prestação final, o fornecedor resolve o contrato unilateralmente resultando na perda das parcelas adimplidas.

Ainda mais comum é o contrato de alienação fiduciária para compra de veículo automotivo, em que o fornecedor toma o próprio bem móvel como garantia. Logo, ante a carência do adimplemento da obrigação, faltante a única parcela para quitação do débito, o fornecedor lança mão da busca e apreensão para retomada do veículo.

Muito embora tais condutas sejam uma realidade no complexo sistema financeiro do país, não se pode olvidar de sua completa abusividade em detrimento do consumidor, vez afronta ao equilíbrio da relação contratual. Por sorte, há de se considerar que tal proteção está arraigada nos dispositivos em comento do Código de Defesa do Consumidor, como também é acompanhada de forma pacífica pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷.

1.3.1.3 Da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual

Por fim, não só como instrumentos de prevenção ao superendividamento, mas como elementos basilares para toda a interpretação do Código de Defesa do Consumidor, bem como toda relação de contrato, tem-se a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. São, antes de tudo, princípios que visam a todo momento, salvaguardar os direitos do consumidor vez que figuram no polo vulnerável da relação.

É importante salientar que todos os institutos previstos no CDC que beneficiam o consumidor, encontram na boa-fé objetiva e no equilíbrio contratual, o seu respaldo fundamental. Isso porque, é na existência de um desequilíbrio na relação de consumo ou até

⁷ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

(STJ - REsp: 272739 MG 2000/0082405-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/04/2001 p. 299 JBCC vol. 200 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 398)

mesmo na falta da “justiça” entre os contraentes, em que se pressupõe um nível de igualdade, que se faz necessária a intervenção do Código de Defesa do Consumidor.

Assente à isso, Marques (2006, p. 279) visualiza a boa-fé objetiva como um “*standard*, um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”. Ainda, a autora aduz que o magistrado deve valorar a atuação em conformidade com os parâmetros impostos pela boa-fé objetiva qualificada, de maneira a analisar a razoabilidade do caso *sub examine* (MARQUES, 2006, p. 280).

Nesse caminho,

é durante aquele exercício de interpretação conforme a boa-fé, de concreção, que o magistrado irá identificar os limites à liberdade contratual, isto é, quais as cláusulas que ferem a boa-fé, as cláusulas nulas e abusivas, que por isso não poderão ser consideradas, as cláusulas que não pertencem ao “pacto” (*pacta*), as cláusulas que violam o direito e não poderão (*sunt*) ser “servidas” (*servanda*) ou ter qualquer eficácia, nem por vontade das partes, nem por decisão do juiz, uma vez que ofendem a ordem pública (MARQUES, 2006, p. 280).

Conforme o contexto, entende-se a boa-fé objetiva como cláusula geral, vez que as condutas e cláusulas que caminham em sentido contrário serão consideradas nulas e abusivas. Paralelamente, qualquer ação do fornecedor que possa gerar o desequilíbrio do contrato, merecerá especial atenção do CDC.

Não obstante, ao magistrado, observando obscuridade ou dubiedade de cláusulas, cumprirá sempre o dever de interpretação conforme melhor favorecer o consumidor⁸, por ser parte vulnerável na relação de consumo. Diante disso, é possível vislumbrar a boa-fé e o equilíbrio contratual caminhando lado a lado, em razão de que o estreito desvio dos paradigmas por eles impostos, serão desfavoráveis ao consumidor.

Nesse caminho, entendeu o Superior Tribunal de Justiça em recente julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. COBERTURA. CLÁUSULAS DÚBIAS. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO HIPOSSUFICIENTE. ANÁLISE CONTRATUAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. 1. A falta de clareza e dubiedade das cláusulas impõem ao julgador uma interpretação favorável ao consumidor (art. 47 do CDC), parte hipossuficiente por presunção legal 2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, mister se faz a análise do contrato e revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, pelas Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 539.402/SP, Rel.Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 18.06.2015, DJe: 05.08.2015).

⁸ CDC, art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Por isso dizer que o Código de Defesa do Consumidor, ao zelar pela preservação do equilíbrio contratual⁹, observou o consumidor como lado hipossuficiente, na medida em que atos atentatórios contra a boa-fé, entendidos aqui, a imposição de qualquer cláusula nula ou abusiva pelo fornecedor, deverão impor ao julgador uma análise em favor do vulnerável.

Contudo, involvida-se que o desequilíbrio contratual nem sempre se dá em decorrência de condutas do fornecedor atentar contra a boa-fé objetiva. Ressalte-se que o superendividamento decorrente dos “acidentes da vida” como desemprego, despesas médico-hospitalares etc., atingem fulminantemente no equilíbrio do contrato, ao passo que torna o seu adimplemento pelo consumidor, uma tarefa extremamente árdua e às vezes quase impossível.

Logo, em relação a esse desequilíbrio contratual gerado a partir de um fato natural da vida ocorrido na esfera do consumidor, também será tutelado pelo CDC. A essa situação, foi criada a possibilidade do devedor renegociar as cláusulas contrárias, ditas aquelas que se tornarem excessivamente onerosas, o que será objeto de estudo a seguir.

1.4 A revisão dos contratos como medida de tratamento ao superendividamento

Antes de tudo, optou-se por eleger a revisão dos contratos prevista no art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor¹⁰ como forma de tratamento ao superendividamento, tendo em vista a possibilidade do consumidor-devedor adimplir totalmente seu débito após uma readaptação das parcelas com a sua nova realidade econômica.

Essa necessidade decorre das circunstâncias em que mesmo obedecidos todas as etapas de prevenção, ou seja, mesmo devidamente informado dos riscos da contratação, mesmo o pacto firmado não versar cláusulas nulas ou abusivas e mesmo respeitados a boa-fé objetiva, os consumidores “encontram dificuldades em cumprir suas obrigações contratuais, porque depois são surpreendidos com o desemprego, doença, entre outros eventos imprevistos que abalam seu orçamento” (LIMA, 2014, p. 53).

É importante mencionar que o legislador adotou a teoria da quebra da base do negócio ao mitigar o princípio da obrigatoriedade, vez que possibilita o reestabelecimento do equilíbrio contratual revisando as cláusulas contrárias e adaptando-as ao novo orçamento do consumidor.

⁹ Ver REsp. 1.279.622/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 06.08.2015.

¹⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Nessa esteira, explica Giancoli (2008, p. 154):

a revisão contratual pode ocorrer em decorrência de causas contemporâneas ou concomitantes à formação do contrato, fruto da incidência de cláusulas abusivas e prestações desproporcionais, ou em razão de fatos supervenientes, como é o caso do superendividamento, que tornem a relação contratual excessivamente onerosa.

Não por menos, interessa analisar a possibilidade de revisão em virtude de fatos supervenientes que desequilibram a relação contratual, de modo a obrigar o devedor a uma onerosidade excessiva. Informa-se, aliás, que os fatos supervenientes, traduzem-se no mais puro exemplo do superendividamento, decorrentes dos infortúnios da vida.

É importante salientar que o direito de revisão encontra respaldo nos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, como também à vulnerabilidade do consumidor. Ademais, “não se trata de cláusula *rebus sic stantibus*, mas, sim, de revisão pura, decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos” (NUNES, 2013, p. 221).

Nesse caminho, não se utiliza da teoria da imprevisão prevista na cláusula *rebus sic stantibus*. Isso porque, para a teoria da imprevisão, no momento da celebração do contrato, as partes não conseguem prever os acontecimentos futuros que deram causa à onerosidade excessiva. Outrossim, pela cláusula *rebus sic stantibus* a alteração do contrato fundamenta-se nos fatos que na oportunidade da celebração do contrato, as partes não tinham condições de prever (NUNES, 2013, p. 222).

Por outro lado, quando se fala em revisão do contrato em razão do superendividamento do consumidor, previsto no art. 6º, inciso V do CDC, não há necessidade de adotar a teoria da imprevisão. Assim, “não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor” (NUNES, 2013, p. 222).

Dessa maneira, mesmo que o consumidor, na oportunidade da celebração do contrato, preveja o acontecimento futuro, como é o caso de divórcio ou nascimento de um filho, por exemplo, após ocorrido tal fato e com ele advindo dificuldades financeiras de modo a tornar a obrigação excessivamente onerosa, poderá pleitear a revisão do contrato com base no superendividamento (art. 6º, inciso V do CDC).

Em suma, não é necessário que os acidentes e infortúnios da vida, no momento de contratar, que derem causa ao superendividamento sejam anormais, extraordinários,

imprevistos ou imprevisíveis. Logo, a “excessiva onerosidade superveniente, é, por si, suficiente para dar respaldo à revisão contratual” (GIANCOLI, 2008, p.159).

Não obstante, Giancoli (2008, p. 155-160) elenca três requisitos para a revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação no CDC. São eles: a prestação duradoura ou periódica, a bilateralidade do contrato ajustado e a boa-fé do consumidor.

Fala-se em prestação duradoura ou periódica na medida em que, caso contrário fosse, ou seja, obrigação instantânea, o lapso temporal para resultar algum acidente ou infortúnio da vida, restaria prejudicado, ao ponto que nessa espécie de obrigação, a prestação realiza-se em um único momento. Dessa maneira, por questão temporal, não se possibilitaria, logicamente, o superendividamento do consumidor por fato superveniente.

Já a bilateralidade do contrato ajustado é elencada como requisito em razão da existência de um sinalagma funcional, “que justifica a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente, pois, neste caso, não existe falta da prestação correspondente, a qual daria ensejo a exceção de contrato não cumprido” (GIANCOLI, 2008, p.157).

Por fim, a boa-fé, como princípio contratual, disposto também no Código de Defesa do Consumidor, deve estar presente na relação contratual – e de consumo, especificamente – a fim de possibilitar a revisão do pacto. Embora pareça redundante, é essencial repisar que a ausência da boa-fé na relação de consumo sempre acarretará um prejuízo no pacto firmado.

Na revisão do contrato por onerosidade excessiva esse pressuposto não é diferente. Por óbvio, o devedor não pode ser o causador da excessiva onerosidade, vez que aquiescer com tal conduta seria o mesmo que anuir com a má-fé (GIANCOLI, 2008, p. 158).

Nesse escólio, é possível observar a revisão dos contratos das mais diversas formas que tornem a obrigação excessivamente onerosa. Dentre elas, um dos principais motivos, abordados pela doutrina e pacificado na jurisprudência, consubstancia na desvalorização do real frente ao dólar, em contratos de financiamento em moeda estrangeira.

À esse tema, Nunes (2013, p. 222) exemplifica:

Trata-se daqueles que, tendo contrato de financiamento em moeda estrangeira, ou tendo adquirido veículos pela variação cambial do dólar, foram surpreendidos com a liberação do câmbio ocorrida em janeiro de 1999. Com o “pulo” do câmbio e a perda do valor de nossa moeda, o real, os contratos sofreram acréscimos muito acima do que os consumidores podiam suportar. Caso típico de revisão de cláusula de reajuste pela variação cambial, trocando-se tal reajuste por outro índice, por exemplo, o IGP, da Fundação Getúlio Vargas.

Nessa conjectura, embora se vislumbra a prática dos bancos no sentido de impedir o consumidor em quitar seu débito, “ao não cooperar para que possa parcelar as prestações ou diminuir o principal ou ter um prazo sem pagar as prestações para acumular capital, isto sem qualquer novação para diminuir os juros, geralmente abusivos e excessivos” (MARQUES, 2006, p. 278), frisa-se que ao encontrar casos dessa natureza, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, iterativa no sentido de permitir a revisão contratual.

Nesse sentido, com as *vênias* costumeiras, cita-se a ementa do REsp 361.694/RS¹¹:

Revisão de contrato - Arrendamento mercantil ("leasing") - Valor residual - Descaracterização. Relação de consumo. Taxa de juros - Fundamento inatado. Indexação em moeda estrangeira (dólar norte-americano) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. - A cobrança antecipada do valor residual implica a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil. - Aplicam-se as disposições do CDC aos contratos de arrendamento mercantil. - É inadmissível o Recurso Especial, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. - Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, não se aplica a autorização excepcional prevista no art. 6º da Lei n. 8.880/94, e indevido se mostra o reajuste das prestações pela variação cambial de moeda estrangeira. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. - A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar norte-americano. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6º, III, 31, 51, XV, 52, 54, § 3º, do CDC). - Incumbe à arrendadora desincumbir-se do ônus da prova de captação específica de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94.

(STJ - REsp: 361694 RS 2001/0116072-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/02/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.03.2002 p. 281)

A linha de raciocínio adotada pelo STJ, é no rumo de sempre garantir o equilíbrio contratual semelhante ao do momento da celebração do contrato, que se descaracteriza com a

¹¹ Ver também, REsp 437.660/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/04/2003, T4 – QUARTA TURMA).

grande desvalorização da moeda nacional frente ao dólar, ocasionando, assim, na excessiva onerosidade a ser suportada pelo consumidor.

Ressalta-se também, o dever de cooperação imposto pela Corte ao fornecedor, mormente a possibilidade da renegociação do contrato bancário. Evidentemente, a análise feita pelo STJ, permite ao consumidor evitar sua ruína e o superendividamento, desde que, de boa-fé, tendo em vista a cooperação que deve lastrear a relação de crédito, incumbida ao fornecedor ao permitir o devedor quitar integralmente seu débito.

A ruína do consumidor, ao ser deferido o pedido de revisão do contrato, não só é evitada como também possibilita àquele a continuidade de sua capacidade de consumo, mormente o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, efetua um plano de pagamento de suas dívidas com base na análise da condição sócio-econômica-financeira do consumidor (GIANCOLI, 2008, p. 161).

No entanto, nem sempre os esforços do Código de Defesa do Consumidor são suficientes para libertar a parte vulnerável da ruína ou do superendividamento. Muitas vezes, as medidas de prevenção ao endividamento excessivo, bem como a revisão dos contratos como hipótese de tratamento, impossibilitam ao consumidor quitar seu débito integralmente.

Logo, o consumidor se depara com um círculo de dívidas para com diversos credores diferentes, ao passo que estes, não abrindo mão de seus créditos e, buscando percebê-los junto ao consumidor superendividado, não veem outro meio a não ser a execução por quantia certa contra o devedor insolvente.

Insolvência do devedor que, aliás, será assunto abordado no próximo tópico do presente trabalho.

1.5 Da insolvência civil

O Código de Processo Civil cuidou de tratar da execução por quantia certa contra devedor insolvente a partir do art. 748 até o art. 786-A. Logo, para fins conceituais, a execução por quantia certa contra devedor insolvente trata-se “de um juízo universal, com características peculiares, marcado pelos pressupostos básicos da situação patrimonial deficitária do devedor e da disputa geral de todos os seus credores num só processo” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 477).

Em outras palavras, explica Theodoro Júnior (2014, p.478) que:

por meio do processo executivo universal, impõe-se um princípio de ordem, fazendo com que todos os bens do devedor comum se integrem numa massa para responder pelo conjunto de créditos, até onde alcance o produto da execução, de modo a assegurar a observância de regras equitativas de distribuição, capazes de evitar que o patrimônio do insolvente seja dilapidado inútil ou nocivamente, com desigualdade e prejuízo à ordem econômica geral.

Já para Talamini e Wambier (2012, p. 563-564) a “execução por quantia certa contra devedor insolvente é o processo executivo destinado a, dentro do possível, satisfazer em igualdade de condições os credores do devedor não empresário”. Acrescenta-se que tal estado de insolvência do devedor se dá quando as dívidas excederem à importância de seus bens, conforme se depreende do art. 748 do Código de Processo Civil.

Nesse caminho, frisa-se que a execução do devedor insolvente concentra-se em duas fases, sendo a primeira, a fase de cognição, em que se verifica o estado de insolvência do devedor e, a subsequente, em que executam-se seus bens para saldar os créditos concorrentes (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 483).

Não obstante, embora a declaração de insolvência possa ser requerida por qualquer credor quirografário, pelo devedor ou pelo inventariante do espólio do devedor (art. 753, CPC), para os fins deste trabalho, interessa apenas a declaração de insolvência requerida por qualquer credor quirografário.

Isso porque, a pesquisa busca a todo momento resguardar a proteção do consumidor-devedor superendividado, mormente partir do pressuposto que, declarada a insolvência decorrente do passivo superar o ativo – requisito para a decretação do estado de insolvência – o consumidor se vê impossibilitado de gerir e administrar seus bens.

Explica-se melhor. O fornecedor ao ver a incapacidade do consumidor superendividado em quitar seus débitos e, concluindo que as dívidas deste são superiores à importância de seus bens, poderá lançar mão da execução por quantia certa contra o devedor insolvente.

Logo, assenta-se que acolhido o pedido do credor, o “juiz proferirá sentença, encerrando a fase preliminar ou de cognição do processo de insolvência” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 495). Não por menos, a sentença que encerra a fase de cognição terá eficácia preponderantemente declaratória, mas também constitutiva. Declaratória por reconhecer o estado de insolvência do devedor e, constitutiva, por atribuir uma nova situação jurídica ao devedor e seus credores (TALAMINI; WAMBIER, 2012, p. 568).

Essa nova situação jurídica consiste na instauração da execução universal. Chega-se aqui ao ponto principal do tópico, qual seja, os efeitos ocasionados da sentença que decreta a

insolvência civil. Nas palavras de Theodoro Júnior (2014, p. 497), ao ser decretada a insolvência¹², “o devedor perde a administração e disponibilidade de seu patrimônio, sendo todos os bens penhoráveis arrecadados e entregues a um administrador¹³ designado pelo juiz da execução (art. 761)”.

Continua o autor (2014, p. 197) que a arrecadação “apresenta-se como medida processual executiva tendente a vincular os bens ao processo executivo, preparando a expropriação com que se apurará o numerário para resgate dos créditos concorrentes”. Tanto que, o art. 766, inciso IV do CPC, elenca como obrigação do administrador alienar os bens da massa em praça ou em leilão.

Logo, ante as breves considerações feitas acerca da insolvência civil, é forçoso aquiescer com o entendimento de Theodoro Júnior (2014, p. 508), pelo qual “a insolvência levada às últimas consequências gera a ruína do devedor”.

Nessa medida, explica Giancoli (2008, p. 87) que,

o instituto do superendividamento tem como objetivo evitar que o consumidor endividado tenha declarado sua insolvência civil, permitindo a manutenção de sua capacidade de consumo e o direito de administrar e dispor de seus bens até a liquidação total de seu passivo.

Dessa forma, o presente trabalho, por meio da análise do superendividamento do consumidor, busca evitar que este ingresse em um estado que comprometa o seu mínimo existencial, considerados, grosso modo, os alimentos, despesas médico-hospitalares, educação, moradia e demais elementos básicos garantidores da dignidade humana.

De outro modo, visa-se proteger os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, inerente à cada pessoa. A partir disso, dedicou-se o capítulo seguinte ao estudo dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, o estudo foi direcionado à uma nova concepção dos direitos fundamentais, diga-se por oportuno, aos seus efeitos na relação entre os particulares.

Dessa maneira, buscou-se dialogar os ramos do direito, mormente encontrar soluções para as problemáticas do direito do consumidor, no presente caso, o superendividamento, em outras áreas do mundo jurídico, tais como, o direito civil e o direito constitucional.

¹² Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz:

I – o vencimento antecipado das suas dívidas;

II – a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo;

III – a execução por concurso universal dos seus credores.

¹³ Ressalta-se que o administrador da massa será nomeado pelo juiz, na sentença que declarar a insolvência, dentre os maiores credores, consoante dispõe o art. 761, inciso I do CPC.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O texto constitucional em seu Título II, cuidou de tratar dos direitos e garantias fundamentais inerentes aos indivíduos¹⁴. Não se mostra desarrazoada afirmar que os direitos fundamentais visam resguardar a dignidade da pessoa em todos os seus meios e modos de interação com o mundo. Por tal motivo, mereceram atenção especial do legislador constituinte.

Isso porque, como ensina Branco e Mendes (2011, p. 153), a Constituição deve ser reconhecida como uma norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que as garantias fundamentais, como valores mais caros da existência humana, necessitam de resguardo em documento com força vinculativa máxima, mormente a vulnerabilidade em que se encontra o homem, fundados no desrespeito constante.

Não cabe, neste estudo, encontrar um conceito para direitos e garantias fundamentais. No entanto, delimitações básicas são necessárias para a compreensão de seus efeitos e no mais, de qual maneira poderão incidir nas relações consumeristas, diga-se, nas relações entre particulares.

Ao falar-se em direitos e garantias fundamentais é indissociável a sua relação com a dignidade da pessoa humana. Tanto que “é o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 159). Em tal conjectura, além de fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, elenca exigências básicas necessárias à vida do homem nos mais determinados momentos históricos, a fim de o resguardar contra as abusividades que os cercam.

É o que se entende dos ensinamentos de Branco e Mendes (2011, p. 159) ao ensinar que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Tais considerações, tão somente corroboram a necessidade de se dedicar a um estudo mais detalhado do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵.

No entanto, antes de proceder com tal estudo, é indispensável a abordagem, mesmo que de forma breve, de algumas das características dos direitos e garantias fundamentais, o que será feito a seguir.

¹⁴ Impinge frisar que o presente capítulo não visa abordagem profunda acerca dos direitos e garantias fundamentais, tais como, sua historicidade e classificações. Far-se-á breves considerações a respeito de sua implicação nas relações de direito do consumidor.

¹⁵ Conforme, oportunamente, abordar-se-á no item 2.2.

2.1 Características dos direitos fundamentais

Não destoante da problemática de conceituar os direitos e garantias fundamentais seja tarefa de tamanha complexidade, elencar suas características também se concentra em uma missão árdua. Para tanto, partindo dessa premissa, elencar-se-á, tão somente, características necessárias para a delimitação e compreensão do assunto a ser tratado ao longo do trabalho.

2.1.1 Universais e absolutos

Primeiramente, vislumbram-se os direitos fundamentais como universais e absolutos. Embora aqui, busque-se a vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares¹⁶, não se pode olvidar que tal ideia carece de pacificidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, “não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao polo passivo das relações jurídicas que se desenrolam em torno de um direito fundamental” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 162).

Nessa medida, além da problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destaca-se, como lembra Branco e Mendes (2011, p. 162) que, “há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado (v.g., o direito de petição aos órgãos públicos).

Já por absoluto, compreende-se os direitos fundamentais “situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição” (BRANCO; MENDES, 2011, p.162). No entanto, é imprescindível citar que os denominados direitos não gozam de tamanha supremacia. Isso porque, conforme Branco e Mendes (2011, p. 162) “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”.

É o caso, por exemplo, dos conflitos entre direitos fundamentais, em específico entre a autonomia da vontade e o resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1.2 Historicidade

¹⁶ Conforme abordar-se-á no Capítulo 3.

Por outro lado, os direitos fundamentais ainda possuem o caráter da historicidade. Isso porque, considerando não serem, *a priori*, princípios absolutos, seria desarrazoado sua validade imutável de conteúdo em todas as gerações e lugares. Em tal guisa, em decorrência da evolução de pensamentos e quebras de paradigmas, característica indispensável para o bom ornamento do sistema jurídico, é permissível que os direitos fundamentais proclamem-se em determinado momento histórico, bem como desapareçam em outro, ou, ainda, modifiquem no tempo (BRANCO; MENDES, 2011, p.163).

Com efeito, o caráter histórico-evolutivo é inerente aos direitos fundamentais, em razão de sua real necessidade de modificação para a completa adequação aos casos concretos nos mais diversos planos históricos. O contrário de tal caráter, acarretaria em um “descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos”, conforme lembra Branco e Mendes (2011, p. 164).

Não obstante às considerações tecidas ao caráter universal, absoluto e histórico dos direitos fundamentais, é preciso a menção à sua inalienabilidade e indisponibilidade, como últimas características pertinentes para a abordagem do trabalho.

2.1.3 Inalienabilidade e indisponibilidade

A respeito da inalienabilidade dos direitos fundamentais, é mister assinalar a impossibilidade do exercício de atos de sua disposição, “quer jurídica – renúncia, compra-e-venda, doação –, quer material – destruição material do bem” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 164). De tal maneira, em tese, ao titular do direito inalienável é inadmissível a prática de atos que o impossibilitem de exercê-lo em qualquer plano jurídico.

A partir dessa premissa, é forçoso entender pela patente proteção despendida ao princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da impossibilidade de disposição dos direitos inalienáveis.

Branco e Mendes (2011, p. 165), dissertam que não são todos os direitos fundamentais que possuem caráter inalienável, mas sim, apenas aqueles “que visam resguardam diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar”, exemplificando os que resguardam a vida biológica e os que preservam “condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa”.

Os autores, ainda, em decorrência do entendimento de que apenas são indisponíveis os direitos que vinculam à potencialidade do homem de se autodeterminar, citam a

inalienabilidade do direito à vida, que torna inadmissível, por exemplo, os “atos de disponibilidade patrimonial do indivíduo que o reduzissem à miséria” (2011, p.165).

O mesmo caminho de entendimento deve ser estendido ao caráter indisponível dos direitos fundamentais, uma vez que não se obsta que o exercício de alguns direitos fundamentais – podendo entender-se como aqueles que não gozam de caráter inalienável, conforme já exposto em alusão a Branco e Mendes – “seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 166).

Logo, não raras vezes, como aduz Branco e Mendes (2011, p. 166) são aceitos “atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo”. Embora essa relativização de direitos, seja amparada pela interpretação do próprio texto constitucional, ao garantir a autonomia privada como direito fundamental, é importante assinalar que este pensamento deve ser encarado com ressalvas.

Isso porque, embora sejam legítimos os atos de disposição de alguns direitos para alcançar determinado fim, tais atos não podem incorrer em uma das partes um estado extremo de vulnerabilidade a ponto de comprometer o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse quadro, além de desarrazoado, compromete os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, já abordado no item 1.3.1.3 do presente trabalho.

Nesse contexto, a despeito das características dos direitos fundamentais já abordados, aliás, inclusive com suas respectivas ressalvas, analisar-se-á posteriormente o conflito de direitos fundamentais, concentrado no princípio da autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, porém, antes de adentrar à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é necessário proceder com breve estudo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo se faz necessário tendo em vista que a dignidade da pessoa humana será o ponto de partida para toda e qualquer vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Logo, abordar-se-á a seguir breves considerações acerca do princípio máximo da Constituição Federal, elencando suas características e relacionando-o ao contexto do presente estudo, como forma de estar sempre resguardado nas relações entre particulares.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

No presente tópico, tratar-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo e, ressalvados os entendimentos contrários, como valor absoluto. Salienta-se que o alcance desse princípio nas relações de consumo em que figure uma parte superendividada, concentra-se no cerne do trabalho. A garantia da dignidade do consumidor superendividado, aliás, é o que se busca a todo momento no presente estudo.

2.2.1 A tentativa de delimitação

A dignidade da pessoa humana, como já mencionado, foi elencada como fundamento do Estado Democrático de Direito, disposto de maneira expressa na Constituição Federal de 1988¹⁷. Não é por menos que Rizzatto Nunes (2010, p. 59) assinala que é a dignidade o “primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.

À esse respeito, Sarlet (2010, p. 98) aduz:

Com o reconhecimento exposto, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Nunes (2010, p. 59) ainda complementa que “é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”. A partir desse pensamento, não se vislumbra da dignidade da pessoa humana como um mero princípio, mas sim, como um norte a ser seguido, devendo as relações estarem a todo momento pautadas no sentido a resguardá-la, contra abusos tanto no momento da celebração do contrato, como em decorrência de fatores supervenientes.

Não se pode olvidar que “o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceitua-lo de maneira fixista” (SARLET, 2010, p. 100). Além do mais, uma conceituação limitaria sua área de aplicabilidade, deixando de resguardar os diversos valores pulsantes da sociedade contemporânea.

¹⁷ 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: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, conforme Sarlet (2010, p. 100) “o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais”.

No entanto, por mais que complexo a delimitação do princípio, é insofismável a necessidade de traçar parâmetros básicos acerca de sua compreensão. A partir de um cunho histórico, Nunes (2010, p. 60) ensina que a “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Nessa conjectura, sem relativizar o valor da dignidade ao dar conceitos variáveis a cada momento histórico, ao passo que trata de um princípio absoluto e pleno, não dando margens a relativizações, Nunes (2010, p. 60-62) identifica a dignidade da pessoa como uma conquista da razão ético-jurídica, como medida de freio às bestialidades causadas em decorrência da ação humana, impingindo, dessa forma, como um valor supremo.

Aliás, é nesse contexto, da história de atrocidades cometidas pelo homem, que observou-se a necessidade de resguardar a dignidade do homem, como forma de reagir às condutas violadoras de direitos fundamentais. De tal forma, para buscar-se uma definição aproximada da dignidade “é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar” (NUNES, 2010, p. 62-63).

Com efeito, após assinalar que a dignidade nasce com o indivíduo e, por sua vez, este ao conviver no meio social, deverá ter respeitado suas ações e comportamento (liberdade), imagem, intimidade, consciência (religiosa, científica etc), Nunes (2010, p. 63-64), conclui que “o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos mas distintos: àquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna”.

Nesse diapasão, a pessoa deve ter resguardado sua dignidade enquanto ser isolado aos fatos alheios, individualmente, como também nas suas mais diversas relações com o meio social. Pontua-se ainda que, enquanto relações no meio social, vale lembrar não só as concernentes às suas ações, comportamentos, consciência, ideologias, mas também, em relações diretas com outrem, como por exemplo, o direito de contratar sobre determinado objeto lícito.

De maneira primordial, Sarlet (2010, p. 100-101) ensina que

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não

se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

À esse escólio, conquanto um direito inerente à todos, irrenunciável e inalienável, salvo entendimentos diversos, não será permitido a disposição da dignidade para o alcance de outro direito, mesmo que fundamental. Assim, “não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação” (NUNES, 2010, p. 65).

Paralelo a isso e de maneira inobstante, não se pode olvidar do caráter garantidor de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família. É mister frisar que a família recebeu especial atenção do Constituinte ao ser elencada como base da sociedade e merecer especial proteção do Estado¹⁸.

Nesse contexto em que “assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa com as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade” (SARLET, 2010, p. 104). Por óbvio, ao indivíduo não poderá ser privado o mínimo básico – visto como mínimo existencial – de modo a comprometer a manutenção da família, conquanto protegida constitucionalmente.

Por fim, acerca das delimitações do princípio ora abordado, conclui Sarlet (2010, p. 104):

O que se percebe, em última análise, é o que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Feitas as considerações necessárias no que diz respeito à delimitação do princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário avançar no estudo. Todavia, buscou-se com a delimitação do princípio o vislumbre de parâmetros necessários para a abordagem do tema superendividamento. É desarrazoado, aliás, enxergar a dignidade como algo estanque, de caráter fixo, ao passo que, se tal fosse, descaracterizaria o seu sentido de justiça.

Não por menos, o que se tenta alcançar é a efetivação da dignidade da pessoa humana em todas as condutas praticadas pelo indivíduo. No presente trabalho, portanto, a busca se especifica com o alcance da dignidade nas relações de direito do consumidor, conquanto a

¹⁸ CF/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

parte vulnerável, diga-se o superendividado, não adentre em um estado de dívidas que comprometa seu mínimo básico.

É nesse sentido que abordar-se-á o presente trabalho, de maneira a sempre alcançar a dignidade da pessoa humana no caso do consumidor excessivamente endividado. Não obstante, antes de adentrar no direito de acesso ao crédito como direito fundamental, bem como na aplicação da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, torna-se necessário uma breve leitura do princípio da proporcionalidade e sua efetiva correlação com a dignidade da pessoa humana, o que será visto a seguir.

2.2.2 O princípio da proporcionalidade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da proporcionalidade, conforme expõe Nunes (2010, p. 55) “se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios”. Assinala-se ainda que, ao deparar com uma colisão de princípios, a melhor forma que o intérprete tem de solucioná-lo é por meio da proporcionalidade (NUNES, 2010, p. 55).

Logo, “o princípio da proporcionalidade assemelha-se em tudo a um método de interpretação, quiçá um supermétodo, na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional” (NUNES, 2010, p. 56).

Explica-se bem. Na eventualidade de colisão entre princípios de mesmo amparo constitucional – princípios e direitos fundamentais – a melhor maneira de atuação do intérprete é por intermédio do princípio da proporcionalidade. Nesse compasso, por meio desse princípio, busca-se a solução do conflito de maneira a valorar mais um dos princípios em cena, conforme o caso concreto, sem, entretanto, anular totalmente o outro, de maneira a desrespeitá-lo da forma mais ínfima possível.

Não obstante, ressalta-se que o princípio da proporcionalidade decorre da dignidade da pessoa humana, ou seja, nasce da dignidade. Logo, a proporcionalidade deve estar intimamente relacionada com a dignidade, vez que elevada a valor supremo a ser respeitado. Além do mais, a dignidade da pessoa humana, repisa-se, como princípio mais importante do Texto Constitucional, respalda a harmonização dos princípios, de maneira que a proporcionalidade se aplica para protegê-la (NUNES, 2010, p. 70).

Em outras palavras, Nunes (2010, p. 70) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana age como parâmetro para a solução da colisão de princípios, de modo que ele dirigirá o intérprete, enquanto utilizar-se da proporcionalidade como instrumento.

Por derradeiro, exemplifica o autor:

O princípio da intimidade, vida privada, honra, imagem da pessoa humana etc. deve ser entendido pelo da dignidade. No conflito entre liberdade de expressão e intimidade é a dignidade que dá a direção para a solução. Na real colisão de honras, é a dignidade que servirá – via proporcionalidade – para sopesar os direitos, limites e interesses postos, e gerar a resolução. A isonomia, é verdade, também participará, mas, sem sombra de dúvida, a luz fundamental, a estrela máxima do universo principiológico, é a dignidade da pessoa humana

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, à título de interpretação, figura-se como um instrumento para se alcançar o princípio máximo, supremo e absoluto da dignidade da pessoa humana. Não de maneira diversa, em tratando-se de colisão de princípios, a dignidade da pessoa humana deverá sempre prevalecer, e será alcançada, registra-se, pelo caráter instrumental do princípio da proporcionalidade.

Entendidos o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade como sua decorrência, o próximo caminho a trilhar é vislumbrar o acesso ao crédito como um direito fundamental. Para tanto, o assunto será abordado a seguir.

2.3 O crédito de consumo como direito fundamental

Para entender o crédito como direito fundamental é necessário, antes de tudo, compreender no que consiste sua finalidade. Os contratos de crédito ao consumo objetivam, na maioria das vezes, uma necessidade preexistente ou circunstâncias fáticas que impõem ao consumidor um gasto não previsto conforme seu orçamento normal.

No contexto do superendividamento, tem-se que a essência de sua proteção jurídica “decorre da necessidade de cooperação social dos agentes da ordem econômica, para garantir a manutenção digna da capacidade de crédito do consumidor, crédito este visto como um instrumento de acesso aos bens para a sua sobrevivência social mínima” (GIANCOLI, 2008, p. 123).

É bastante coerente a contratação de crédito ao consumo visando a aquisição daqueles bens e serviços que respaldem um vida digna. São eles, os concernentes à saúde, alimentação, moradia, educação e outros inúmeros direitos sociais que são garantidos na própria Constituição Federal¹⁹.

Com base nesse esclarecimento é que relaciona-se o instituto do superendividamento com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, os meios empregados para

¹⁹ Ver artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

eventual prevenção ou tratamento deste estado sócio-econômico, objetiva justamente elidir o “conjunto de dívidas estruturais ajustadas de boa-fé, capazes de ameaçar ou lesionar a sua dignidade pessoal” (GIANCOLI, 2008, p.123).

Não obstante, Giancoli (2008, p. 122) ainda ensina:

A essência da tutela jurídica do superendividamento impõe aos credores-fornecedores solidarizar-se aos consumidores, pois na relação obrigacional do consumo de crédito existem aspectos importantes da vida humana, desse modo a proteção à autonomia privada deve ser menor quando estiverem em jogo bens essenciais para a vida humana com dignidade, justamente o caso do direito ao acesso do crédito.

Em consequência, entende-se que o superendividamento está intimamente relacionado à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo a vincular os particulares ao direito fundamental de acesso ao crédito pelo consumidor (GIANCOLI, 2008, p. 122). Aliás, a partir disso ressoa a fundamentalidade do direito ao crédito, vez que reverte-se em acesso às necessidades básicas do homem.

Logo, daí surge a relação do acesso ao crédito como direito fundamental e, conseqüentemente, sua proteção a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, é salutar compreender que dentre as lesões causadas em decorrência da crise financeira do consumidor endividado, estão aquelas que violam o princípio da dignidade da pessoa humana, no momento em que se vê tolhidas as suas possibilidades de arcar com as necessidades básicas, tais como, alimentação, moradia, saúde, vestimentas etc.

Conseqüentemente, como abordado nesse capítulo, a dignidade deverá ser o norte seguido em todas as relações de consumo, mesmo que esteja diretamente em conflito com a autonomia privada, característica nas relações consumeristas.

Além do mais, para o alcance da dignidade, enquanto princípio constitucional supremo, o intérprete deverá lançar mão do princípio da proporcionalidade, como instrumento de ponderação de valores, a fim de impedir a sua supressão.

Entretanto, a busca pela dignidade da pessoa humana quando conflitante com a autonomia privada, ou em outros termos, a vinculação dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de garantir o mínimo essencial, é assunto que merece atenção especial.

De tal modo, feitas as breves alusões às características dos direitos fundamentais, bem como um curto passeio pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como o de

maior valor, ao ser elencado como fundamento da república, é necessário adentrar ao último capítulo do trabalho.

Salienta-se que abordar-se-á acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de garantir o mínimo essencial para o consumidor que se viu extremamente endividado.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GARANTIA DO MÍNIMO ESSENCIAL

Primeiramente, antes de abordar o tema que se propõe a seguir, é necessário tecer pontuações a fim de orientar o norte tomado. Lembra-se que, num primeiro momento, buscou-se a conceituação e contexto em que está inserido o instituto do superendividamento. Logo, ante todos os conceitos apresentados, o rumo comum é simplesmente aquele em que o consumidor fica impossibilitado de adimplir seus débitos e, conseqüentemente, contratar novo crédito.

Por conseqüência, essa impossibilidade global e o limite para o acesso ao crédito, superadas as tentativas de evitar ou mesmo tratar o estado sócio-econômico, por vezes provoca um atentado contra o mínimo necessário para que o consumidor viva com dignidade. Aliás, é nessa esteira que, nos termos da matéria civil, o consumidor entra em um estado de insolvência, requerida por seus credores, conforme prevê do artigo 748 e seguintes do Código de Processo Civil.

É nesse ponto, no estado de comprometimento do mínimo basilar para subsistência do consumidor, que se faz necessária a atuação do direito. Como bem já lembrou Marques (2006, p. 256) o superendividamento é um fenômeno social e jurídico que necessita de uma saída ou solução pelo direito do consumidor.

Todavia, acrescenta-se que uma possível solução deste estado individual de crise financeira, não necessariamente precisa ser alcançado por meio dos instrumentos do direito do consumidor. Por tratar-se de um microssistema, será observado dentre todos os institutos, a melhor solução a ser aplicada no caso concreto, não apenas mediante normas do direito civil – vez que codificação posterior ao Código de Defesa do Consumidor – mas também, pelo próprio direito constitucional.

Para tanto e, seguindo essa sistematização, tratou-se do princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto, supremo, intangível e irrenunciável, ressalvados os entendimentos diversos que não coube analisar no estudo. Dessa maneira, ante as características inerentes ao princípio ápice do Texto Constitucional, vislumbra-se uma preeminente necessidade de resguardá-lo a todo empenho.

Isso decorre não só por ser fundamento da República Federativa do Brasil, mas também, pelo fato de estar relacionado em todos os planos, com as necessidades básicas e mínimas para a subsistência do homem.

Nesse contexto, é necessário o estudo da vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares, em mais específico, a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações de consumo. Repisa-se que essa vinculação surge da necessidade precípua de resguardar uma vida digna a todos, ainda mais àquele que está em um estado de superendividamento e insolvência, ocasiões mais propensas para o tolhimento dos meios necessários para uma vida com dignidade.

Eis então, a problemática do presente estudo: a proteção da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo em que o consumidor encontra-se superendividado, por meio da vinculação dos particulares (consumidor e fornecedor) ao princípio supremo do Texto Constitucional.

No entanto, não se olvida que essa vinculação da dignidade da pessoa humana na relação entre os particulares, invariavelmente irá de encontro com o princípio da autonomia da vontade, ou autonomia privada, também considerada um direito fundamental. Nessa esteira, é necessário as considerações breves mas indispensáveis acerca da autonomia da vontade, o que será tratado a seguir.

3.1 O princípio da autonomia da vontade

De início, o estudo deste princípio se torna indispensável, tendo em vista que a “aplicação dos direitos fundamentais nas relações de consumo de crédito envolve uma ponderação de interesses, em que, no outro lado da balança (do fornecedor), quase sempre vai figurar alguma emanção de autonomia privada, entendida em sentido amplo” (GIANCOLI, 2008, p. 122).

Com efeito, a autonomia da vontade – ainda chamada de autonomia privada por alguns autores²⁰ – insurge como uma deliberação de liberdade concedida ao particular, associado à possibilidade de tomar suas escolhas no caso concreto, como por exemplo, “como, com quem, a que preço e em que condições irá contratar”, não sendo-lhe imposto, em tese, fatores coercitivos na oportunidade da concretização de tais ações (SOMBRA, 2011, p. 09).

Sobre o princípio, ensina Wald (1995, p. 162):

A autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da

²⁰ O uso da terminologia autonomia privada é utilizada em face do liame com relação jurídica, negócio jurídico e direito contratual, conforme ensina Kretz (2005, p. 05). Terminologia essa adotada por Thiago Luís Santos Sombra.

liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

Corroborando esse entendimento, a associação do princípio com a ideia de liberdade é patente, ao passo que a parte contratante, deterá uma completa capacidade de escolha, bem como a autonomia para fazer opções (KRETZ, 2005, p. 17). Insurge-se também, como uma base sustentadora para toda a teoria geral dos contratos.

Não obstante, convém salientar que a liberdade contratual – faculdade de estabelecer o conteúdo do contrato – passou a sofrer restrições, ao passo que “muitos contratos são hoje verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais” (WALD, 1995, p. 163).

Todavia, essa restrição no conteúdo do contrato não esteve presente desde sua origem, tendo em vista que, *a priori*, a autonomia privada era justamente elencada como uma liberdade no sentido amplo para contratar, não subordinando-se à restrições estatais.

Para a compreensão da autonomia privada e, conseqüentemente, da autonomia da vontade, é imprescindível o estudo, mesmo que de forma breve, acerca do Estado Liberal e do Estado Social, o que será feito, respectivamente, nos próximos tópicos.

3.1.1 Breves considerações acerca do Estado Liberal e da ideologia do liberalismo

Não se olvida que essa ideia de liberdade na relação entre os particulares teve por início do Estado Liberal e da corrente ideológica do liberalismo²¹. Nessa perspectiva, ensina Sombra (2011, p. 05) que

A função primordial do Estado Liberal, destarte, devia circunscrever-se ao inteiro alheamento e ausência de iniciativa social. O Estado estava, portanto, adstrito a assegurar e a proporcionar todos os elementos indispensáveis à convivência social harmônica, de modo que ao indivíduo era concedido um amplo espaço de autodeterminação; tudo aquilo que não estivesse vedado por lei era permitido no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos.

A esse escólio, ao indivíduo era facultado o exercício de sua liberdade extrema no momento de contratar, ao ponto que a não intervenção estatal – nem mesmo para assegurar os

²¹ Impende ressaltar que o Estado Liberal e a ideologia do liberalismo são momentos históricos de infinitos vetores, motivo pelo qual, não serão apreendidas no presente trabalho.

direitos prestacionais – era entendimento básico para uma inequívoca obrigação de respeito à autonomia privada.

Sob outra perspectiva, no Estado Liberal “não pairava nenhum interesse em conceber uma teoria dos direitos fundamentais que permitisse a extensão de sua eficácia às relações entabuladas entre particulares” (SOMBRA, 2011, p. 06). Isso porque, naquele momento o próprio Estado e tão só, unicamente, era considerado o opressor dos direitos e garantias fundamentais.

A preocupação era somente a proteção à autonomia privada, ao passo que ainda não se falava em uma doutrina ou ideologia direcionada à garantia dos direitos sociais, quais sejam, os direitos à saúde, alimentação, moradia, educação, trabalho e lazer. Não era impossível observar nesse contexto, o desrespeito à estes direitos e, em consequência, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É a partir desse ponto que inicia-se as consequências negativas do liberalismo. Se, embora por um lado, os indivíduos ficaram livres das ameaças aos direitos e garantias individuais advindas do poder público, por outro, o dever de não intervenção estatal na autonomia privada, “começou por desenfrear um processo de esmaecimento da liberdade individual, visto que as relações jurídicas estabelecidas ente os particulares passaram a sofrer com a prevalência do poderio econômico” (SOMBRA, 2011, p. 06).

Com efeito, é nesse contexto que ressalta Sombra (2011, p. 06-07) ter a sociedade, em decorrência da predominância do liberalismo, se reduzido “a uma verdadeira poeira atômica de indivíduos, dos quais a grande maioria vivia em péssimas condições e uma minoria destacava-se por seu insaciável desejo por riqueza e poder”.

Por corolário, a liberdade existente em face do Estado, acabou por tornar a relação entre os particulares cada vez mais pautada em desrespeito à igualdade e equilíbrio, em razão do poder econômico e as condições de desigualdade entre os contratantes (SOMBRA, 2011, p. 09).

Em atenção a isso que Sombra (2011, p. 09) observou:

A vasta gama de alternativas concedida aos indivíduos para estabelecerem suas relações contratuais fora gradativamente sendo restringida: por um lado, o teor da relação contratual não mais podia ser definido por ambas as partes, mas apenas pelo contratante com maior poderio; por outro, muitas vezes sequer era permitido a escolha do outro contratante e das condições do negócio.

Não obstante, a partir desse momento, mesmo sem a intervenção do Estado nos contratos, ante a florescente liberdade garantida à autonomia privada, vislumbrou-se que os

termos contratuais não eram dispostos por livre e justa manifestação de ambas as partes, ao passo que um dos polos sempre detinha maior poderio econômico.

Além do mais, ao Estado cabia unicamente a intervenção para assegurar o cumprimento dos contratos firmados, seja por intermédio do legislador, seja por intermédio do Poder Judiciário (SOMBRA, 2011, p. 12).

Nessa guisa, os contratos deixaram a característica da livre manifestação de vontade de ambas as partes, conquanto o Estado, como simples garantidor do cumprimento das avenças, não intervia nas relações jurídicas, mesmo em face a patente condições de desigualdade econômica e social. Condições que, aliás, não eram consideradas oportunamente na celebração dos contratos. Logo, “as obrigações, por diversas oportunidades, tornavam-se excessivamente onerosas, inviabilizando o cumprimento dos contratos nos moldes em que ditado pelo princípio *pacta sunt servanda*” (SOMBRA, 2011, p. 17).

Percebe-se, aliás, que a relação contratual era composta por uma parte detentora do poderio econômico, conquanto a outra, era considerada vulnerável, sujeita aos termos ditados por aquele. Não é trabalhoso relacionar esse momento histórico com o atual cenário vivenciado. Aliás, nesses moldes é indissociável o estado sócio-econômico do indivíduo extremamente endividado, em decorrência das condições de desigualdade observadas nas relações jurídicas.

Todavia, no contexto histórico, buscou-se uma forma de viabilizar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a fim de coibir a avassaladora gama de contratantes atingidos em sua dignidade ou mínimo necessário para subsistência. Essa nova forma, que segundo Sombra (2011, p. 17), era um novo modelo do direito contratual e da autonomia privada, atenta “aos preceitos de justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional, segurança jurídica e boa-fé objetiva”, foi vista como o Estado Social, que será abordado a seguir.

3.1.2 Breves considerações acerca do Estado Social

O Estado Social²² surge como uma alternativa diametralmente oposta à ideologia não intervencionista do Estado Liberal. Se neste, as partes detinham autonomia para estabelecer as normas do contrato, compreendidas sua forma, conteúdo e objeto, no Estado Social o fim

²² As mesmas considerações feitas ao estudo do Estado Liberal devem ser estendidas ao Estado Social, conquanto por sua infinita gama de vetores e estudos, não serão apreendidas no presente trabalho.

precípua era a equidade contratual e função social, a ser promovida por meio da justiça distributiva.

É nessa guisa em que “o Estado passa a intervir nas relações contratuais e impor limites à manifestação da liberdade individual” (KRETZ, 2005, p. 24).

Isso quer dizer que se “deixa a posição de Estado ausente – *laissez faire, laissez passez* –, característica do período liberal, para ocupar uma posição proeminente no seio da sociedade: a de um Estado interventor e mediador das relações jurídicas interindividuais” (SOMBRA, 2011, p. 19).

Sobre o tema, ensinou Kretz (2005, p. 24):

A intervenção estatal nas relações contratuais operou-se de duas maneiras que podem ser entendidas como fases intervencionistas. A primeira caracterizou-se por uma função protetiva do Estado aos economicamente mais fracos; já a segunda, destaca-se pelo dirigismo, ou seja, o Estado é que passa a estabelecer as normas e assim direciona as relações contratuais. Essa segunda forma de intervenção estatal denominou-se “Dirigismo Contratual”.

Nesse contexto, a intervenção do Estado Social nas relações particulares era no sentido de resguardar os direitos fundamentais inerentes a parte vulnerável. Não obstante, pelo dirigismo contratual, anseia-se pela conquista da justiça social, de modo a tentar coibir abusos nos acordos pactuados e, também, o desequilíbrio na relação. Em outros termos, busca-se simplesmente maior igualdade material no relacionamento privado (KRETZ, 2005, p. 24-25).

Dessarte, o “dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar” (WALD, 1995, p. 163).

Ainda, para Kretz (2005, p. 25) o “dirigismo contratual, caracterizado pela intervenção estatal na liberdade contratual, opera-se de três formas: 1) na escolha da parte contrária da relação jurídica; 2) no tipo de contratação; 3) no próprio conteúdo do contrato”. Por meio dessa intervenção, considerado uma nova fase na teoria geral do contrato, o Estado busca resguardar os direitos fundamentais da parte vulnerável contratante.

Em outros termos, explica Sombra (2011, p.19-20):

O Estado Social impinge sua verdadeira marca: impõe a observância da lei na formação dos contratos, com vistas a assegurar o equilíbrio das partes; assegura ao indivíduo sua esfera de liberdade, desta vez como forma de promoção da autodeterminação; intervém na economia com escopo de proteger a liberdade de iniciativa e concorrência; coíbe a atuação dos denominados entes detentores de poder social ou privado e, por fim, consagra no constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada.

Com efeito, a partir dessa nova concepção de intervenção do Estado é que se torna possível falar na eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A proteção que antes, era garantida apenas em relações jurídicas verticais, ou seja, Estado e cidadão, agora também está presente na relação entre individuais, ou seja, horizontal.

Além do mais, é salutar entender que essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem por norte os princípios da igualdade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, esta última, aliás, como centro e norte supremo desse novo período desenhado.

A partir daí, com a função social e equilíbrio contratual inerentes ao Estado Social, a autonomia privada e o contrato traçam um novo rumo, o que equivale à ideia de contrato posta atualmente. Associa-se à esse caminho de reestruturação do contrato a atividade intervencionista do Estado, ao passo que, por meio do dirigismo contratual é que tornou-se possível alcançar essa denominada função social (SOMBRA, 2011, p. 22).

Não obstante, foi a insurgência do dirigismo contratual que exerceu uma relativização do dogma da autonomia privada, vez que limitou sua manifestação, de modo a alterar “a base do negócio jurídico, que, por intermédio das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e dos preceitos de ordem pública, acarreta a perda de seu caráter exclusivamente subjetivista” (SOMBRA, 2011, p. 23-24).

Logo, com a nova concepção, ou seja, a da base objetiva do negócio jurídico, conforme ensina Sombra (2011, p. 23) houve a “ampliação do rol de mecanismos de controle do princípio da autonomia privada, o que gerou a fragilização do princípio *pacta sunt servanda* ante as novas diretrizes do Estado Social e Democrático de Direito”.

O autor (2011, p. 24) ainda ensina:

A rigor, é com o Estado Social de Direito que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ganhará contornos substancialmente precisos, uma vez que com a intervenção do Estado no domínio privado relativizar-se-á a estanque separação entre público e privado – Estado e sociedade – e, por conseguinte, o Direito Privado e o Direito Constitucional passarão a travar um permanente e harmônico diálogo.

Nessa esteira, vislumbra-se que o Estado não mais assume papel de inércia como no período do liberalismo. Pelo contrário, sua intervenção no seio interindividual, a fim de evitar que um particular viole os direitos fundamentais de outro particular em patente afronta ao equilíbrio contratual, dá baldrame a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que

estes devem ser resguardados também nas relações privadas, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir disso, conquanto a função social e o equilíbrio contratual são características intrínsecas ao novo modelo, é necessário observar a autonomia da vontade – embora direito fundamental – como princípio de segundo plano. Isso porque, em todas as relações privadas, sejam elas de consumo ou não, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer em detrimento daquele.

Para essa forma de instrumentalização, entretanto, é necessário abordar esse novo caminho trilhado pelo direito público e privado, de maneira a atuarem em completa harmonia, com fim precípua de sempre garantir a dignidade das partes nas avenças firmadas. Desse modo, visando essa objetivação, apresentar-se-á a seguir, o estudo direcionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A priori, é mister repisar que o breve estudo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais²³ torna-se imprescindível devido a necessidade de resguardar a dignidade da pessoa humana nos contratos de crédito em que a parte vulnerável adentrou num estado individual de quebra econômica, ou seja, no estado de superendividado, abordado no primeiro momento deste trabalho.

Logo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais será vista aqui como um instrumento para garantir o mínimo a uma vida digna ao consumidor extremamente endividado. Não obstante, tendo em vista que trata-se de uma relação entre particulares, figurando fornecedor e consumidor nos polos, em que o fornecedor detém maior força econômica, conquanto o consumidor é parte vulnerável, estudou-se a autonomia da vontade, característica das relações contratuais.

Embora, a autonomia privada seja um direito fundamental, sua área de atuação deve ser limitada a partir do momento em que viole a dignidade da pessoa humana do outro contratante. Não por menos, é nessa perspectiva que a dignidade é elencada, salvo melhor juízo, como valor e princípio supremo da Constituição Federal de 1988.

²³ No presente trabalho, as terminologias eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, eficácia dos direitos fundamentais nas relações, dentre demais termos, serão utilizadas como sinônimas.

A partir dessa perspectiva, ao delimitar o tema Kretz (2005, p. 84) salienta que a “eficácia horizontal analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica aos direitos fundamentais”.

Não obstante, cumpre ressaltar que o estudo dessa eficácia horizontal enseja o aspecto material e o aspecto processual. Pelo aspecto material, a abordagem é feita a partir da “existência ou não da vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais, da amplitude em que ocorre essa vinculação, como também a maneira como se opera”. Por outro lado, o aspecto processual traduz nos “meios processuais necessários para a efetivação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares” (KRETZ, 2005, p. 84).

No presente trabalho, o aspecto analisado será o material, assim como o fez a doutrina nacional que se preocupou com o tema.

É importante ressaltar que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se explica ante a necessidade de uma devida operacionalização efetiva do Estado Constitucional. Isso ocorre, em decorrência da dupla função desempenhada pelos direitos fundamentais, sendo no plano subjetivo, em que garantem os direitos de liberdade individual e, no plano objetivo, em que os direitos operacionalizam de modo a proporcionar a consecução dos fins e valores constitucionais proclamados (KRETZ, 2005, p. 89).

Não obstante, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais respalda-se no fato da Constituição Federal alicerçar a unidade do ordenamento jurídico estatal, conquanto um conjunto de normas fundamentais ao ser base normativa da sociedade. Dessa forma, o Direito Constitucional insurge como o lastro desse ordenamento jurídico estatal, ao passo que “todas as normas de Direito Privado devem ser reinterpretadas de acordo com a Constituição”, conforme ensina Kretz (2005, p. 90).

A respeito da origem do instituto, a autora (2005, p. 90) ensina:

Apesar de pouco difundida na doutrina pátria, a eficácia e vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas já vem sendo alvo de discussão desde a década de 50. Tem-se como precursor da tese defensiva da eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, o alemão Nipperdey, Juiz do Tribunal Federal Alemão do Trabalho que, em sentença datada de 3 de dezembro de 1954, sugeriu a relevância direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, fundamentando sua decisão na afirmação de que os direitos fundamentais contém princípios ordenadores da vida social.

Com efeito, vislumbra-se que essa operacionalização da eficácia dos direitos fundamentais ocorre por meio de duas formas, quais sejam, a eficácia indireta ou mediata e a eficácia direta ou imediata. Os dois modelos serão analisados a seguir.

3.2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta

A teoria da eficácia mediata ou indireta, conforme aduz Sombra (2011, p. 77), “circunscreve-se ao papel desempenhado inicialmente pelo legislador e, um segundo momento, pelos juízes na atividade de concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados”. A partir dela, é necessário um meio intermediário para se alcançar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Nessa teoria, os direitos fundamentais não são oponíveis diretamente, necessitando da intermediação do legislador e, “na ausência de normas infraconstitucionais, a intermediação do poder judiciário através de uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais” (KRETZ, 2005, p. 95).

O entendimento feito pela eficácia indireta, fundamenta-se na ideia de que, o Estado, enquanto detentor do dever de proteção dos direitos fundamentais, deve resguardá-los mesmo nas relações entre particulares. Todavia, sua intervenção nas relações interindividuais deve ocorrer somente em casos excepcionais e justificados, de forma mediata, por meio dos legisladores e, na falta destes, pelo Poder Judiciário (KRETZ, 2005, p. 95).

Nesse sentido, a função do magistrado – concreta e garantista – é subsidiária à função do legislador, vez que, inicialmente, cabe à este a operacionalização dos direitos fundamentais de modo a determinar seu alcance nas relações entre particulares, por meio de normas infraconstitucionais. De tal modo, o magistrado irá atuar, apenas quando o legislador manteve-se inerte no que diz respeito a aplicação dos direitos fundamentais.

À esse escólio, a teoria da eficácia indireta ganha forças no direito geral de liberdade, previsto na Constituição Federal. Tanto que, para Silva (2011, p. 75) “é esse direito que impede os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado”.

Nessa perspectiva, é necessário a conciliação dos direitos fundamentais com o direito privado, que segundo o autor (2011, p. 76):

Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção

de direitos fundamentais como um sistema de valores com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, que seriam as cláusulas gerais.

Com efeito, os direitos fundamentais expressariam um sistema de valores e não apenas sua exigibilidade em face do Estado – abstenção e prestação – ao ponto que vincula todo o ordenamento jurídico de modo a gerar uma ampliação da força normativa constitucional. É nesse compasso que os direitos individuais, considerados como valores garantidos constitucionalmente, impõem ao Estado um dever de agir para que esses valores sejam realizados na maior medida possível, na possibilidade das condições fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2011, p. 78).

Nessa perspectiva, são as cláusulas gerais²⁴ o meio pelo qual se liga os direitos fundamentais como sistema de valores ao direito privado. Essas cláusulas gerais, entendidas como conceitos abertos, “requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido”, de modo que cumprirá ao aplicador do direito definir seu conteúdo por meio da valoração (SILVA, 2011, p. 78).

Silva (2011, p. 79), ainda ensina que “por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais se ‘infiltram’ no direito privado e por aí produzem seus efeitos”.

Em outras palavras, neste modelo, ao legislador, enquanto detentor da legitimidade representativa dos interesses sociais, incumbe o “dever de concretizar e estender o alcance dos direitos fundamentais às relações entre particulares”, bem como “fixar os parâmetros para a delimitação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas” (SOMBRA, 2011, p. 79).

Não se olvida que a mediação judicial será utilizada somente quando da carência ou insuficiência da atuação legislativa para completa eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por essa alternativa, o magistrado penetra os direitos fundamentais no Direito Privado, por meio da função vinculativa e normativa da Constituição Federal, o que se torna possível mediante as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados do Direito Privado (SOMBRA, 2011, p. 82).

Por mais que a teoria da eficácia indireta ou mediata seja a mais adotada nos países que estudam o instituto, registra-se que a doutrina teceu críticas consideráveis acerca de sua aplicabilidade, o que será brevemente abordado a seguir.

3.2.1.1 Críticas ao modelo da eficácia indireta ou mediata

²⁴ Silva (2011, p. 79), elenca como exemplos de cláusulas gerais previstas no Código Civil, as presentes no art. 187, art. 122, art. 1.638, inciso III e art. 113.

Embora a eficácia indireta seja preferível à eficácia direta na maioria dos países onde se estuda o tema, algumas de suas características, geram conflitos se analisadas em um estudo pormenorizado. Para Sombra (2011, p. 77), “os valores consagrados pela Constituição não coincidem necessariamente com aqueles resguardados pelo Direito Privado”.

Observa-se que ante essa incompatibilidade de valores, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, por intermédio do legislador ou mesmo do magistrado, se tornaria tarefa desarrazoada.

Não por menos, o fato dos direitos fundamentais serem aplicados ora pelo legislador, ora pelo judiciário, cria uma aparência de que o modelo retira sua atenção quanto à proteção dos bens juridicamente tutelados pelas partes – causa determinante na eficácia horizontal –, para concentrar-se na identificação de “qual órgão estatal será responsável pela promoção dessa tutela: o legislador ou o juiz” (SOMBRA, 2011, p. 78).

Por outro lado, mesmo com a permissão de que o Estado promova a proteção dos direitos fundamentais nas relações particulares, conforme explica Sombra (2011, p. 78), tal “premissa carece de precisão normativa à medida que os problemas começam com a definição do que seja essa hipotética obrigação pelo Estado e seu respectivo alcance”.

Por mais que os conceitos de Estado Social o permitem intervir nas relações privadas por meio de seu dirigismo contratual, ainda pairam incertezas sobre até que ponto essa atuação poderá nas relações particulares, de modo a entrar em patente conflito com a autonomia da vontade.

Acrescentam-se as críticas no que diz respeito ao sistema de valores. Logo, parte-se da ideia de que os direitos fundamentais são um sistema ou uma ordem objetiva de valores que ingressam nas relações particulares por meio das cláusulas abertas. A crítica posta pela doutrina, concentra justamente no que tange à ideia de ordem de valores, de maneira a rejeitá-la. (SILVA, 2011, p. 84).

A última crítica abordada consiste na insuficiência das cláusulas gerais, conquanto eventualmente único meio para se alcançar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas por meio de um elo de infiltração. Torna-se trabalhoso entender que tais cláusulas gerais serão sempre suficientes para efetuar essa ligação (SILVA, 2011, p. 85).

De tal maneira, como aborda Silva (2011, p. 85) “o mais provável é que, para um grande número de situações em que seria desejável que os efeitos dos direitos fundamentais se fizessem presentes, não haverá uma dessas cláusulas para dar vazão a esses efeitos”.

Feitas as considerações não estanques acerca da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interindividuais, convém analisar a seguir o modelo da eficácia direta ou imediata.

3.2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta

O outro modelo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, consiste na teoria da eficácia imediata ou direta. Esse modelo considera os direitos fundamentais como princípios que impingem valores aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, tendo em vista a supremacia das normas constitucionais, de modo que a vinculação do Direito Privado à Constituição Federal seria o caminho mais honesto a seguir (KRETZ, 2005, p. 90-91).

Pela teoria da eficácia direta ou imediata, não é necessário a utilização de critérios de mediação para a concretização do alcance dos direitos fundamentais nas relações particulares, como ocorre na eficácia indireta (KRETZ, 2005, p. 91).

Aliás, sobre a desnecessidade de mediação legislativa, ensina Silva (2011, p. 89):

A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e modelo de efeitos indiretos, visto anteriormente, consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações interprivados.

Nesse sentido, para a efetiva aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, não será necessário a existência de norma infraconstitucional que permita essa atuação, nem mesmo, de interpretação a ser feita pelo magistrado de modo a conseguir resguardar os direitos no meio privado.

É nesse contexto, portanto, que independentemente da existência ou não de normas infraconstitucionais na decisão, “as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, no entanto, não necessariamente como únicas, mas como normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares” (KRETZ, 2005, p. 91).

Em resumo, nas palavras de Sombra (2011, p. 89) o modelo da eficácia direta ou imediata “encerra o entendimento de que, com ou sem o desenvolvimento da atividade

legislativa, a norma jusfundamental deve ser aplicada precipuamente em uma sentença, e não como um mero critério interpretativo”.

Não se pode olvidar ainda que, conforme ensina Kretz (2005, p. 91), “num caso de conflito, os indivíduos podem arguir ou recorrer diretamente aos direitos fundamentais, mesmo em suas relações particulares com outros indivíduos”.

A partir disso, é possível concluir que em uma situação concreta a parte contratante, na maioria das vezes, o lado vulnerável – na perspectiva do direito do consumidor – poderá lançar mão da eficácia direta dos direitos fundamentais em sua relação jurídica, a fim de resguardar um direito fundamental eventualmente violado.

No entanto, assim como na teoria da eficácia indireta, a presente teoria, a da eficácia direta também recebeu críticas acerca de sua devida aplicação, o que será visto brevemente a seguir.

3.2.2.1 Críticas ao modelo da eficácia direta ou imediata

É cediço que o modelo da eficácia direta ou imediata tem uma aplicabilidade escassa nos países que cuidam de estudar o tema de maneira pormenorizada e sistemática. Ante tal fato, é irrefutável a presença de duras críticas acerca dessa teoria. No entanto, a preocupação maior dos estudiosos – e principalmente dos civilistas – ganha cerne na violação do princípio da autonomia da vontade.

Muito embora já tenha sido analisado uma possível relativização da autonomia privada no item 3.1.2 deste trabalho, por meio do dirigismo contratual interposto pelo Estado Social, é necessário cautela ao deparar com a eventual possibilidade de se afrontar com um princípio fundamental e basilar do Direito Privado.

Isso porque, não permitir-se que as partes, na oportunidade de contratar, pudessem contornar ou até mesmo dispor de alguns direitos fundamentais, faria com que o Direito Privado entrasse em crise, ao comprometer a autonomia privada.

Esse conflito mereceu a preocupação de Sombra (2011, p. 46) ao aduzir:

O grande embate existente entre constitucionalistas e privatistas circunscreve-se, pois, em saber como e em que medida os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares, sem que o núcleo essencial da autonomia privada ou de um outro direito fundamental seja afetado. Por mais relevantes que possam parecer os argumentos de ambos – constitucionalistas e civilistas –, reduzir o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a um pretenso conflito entre esses em nada contribuirá para a formação de um diagrama teórico sólido.

Nesse plano, tecida a crítica central do modelo da eficácia direta ou imediata, qual seja, o comprometimento da autonomia da vontade no âmbito das relações jurídico-privadas, observar-se-á a seguir, no último tópico do trabalho, um possível modelo a ser adotado, a partir de conflitos de direitos entre particulares, em especial, nas relações de consumo, em que num dos polos figure um consumidor/devedor extremamente endividado.

3.3 O modelo a ser adotado para fins de resguardar a dignidade da pessoa humana do consumidor superendividado

Ao chegar-se nesse ponto do trabalho, a discussão se faz compreensível. Resguardar a dignidade da pessoa humana do consumidor superendividado, concentra-se no cerne principal do presente trabalho. No entanto, a operacionalização para que isso ocorra por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inevitavelmente encontra obstáculo na autonomia da vontade, presente também nas relações de consumo.

Inobstante ao que já se estudou acerca do princípio da proporcionalidade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana agir como instrumento para o alcance desta, Silva (2011, p. 154-155) ao tratar do sopesamento de valores como solução ao conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, ensina:

Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – *não é, contudo, um sopesamento* (grifos do autor).

Seguindo esse entendimento, e considerando que o que se busca alcançar é a especificidade das relações de consumo, em que uma das partes contratantes encontra-se em superior estado econômico, vez que compreendida por fornecedor e consumidor, a proteção especial ao consumidor superendividado torna-se ainda mais cristalina.

Logo, é irrefutável a premissa de que na situação de superendividamento do consumidor, em que se comprometa a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, os seus meios de subsistência básicos, o princípio da autonomia privada poderá ser mitigado.

Não por menos, é nessa esteira que Silva (2011, p. 156-157) admite a necessidade frequente e inafastável da proteção da parte hipossuficiente como se depara no direito do

consumidor. Todavia, a assimetria entre fornecedor e consumidor não decorre de desigualdade material entre as partes, mas sim, da própria relação de poder ínsita a essas relações.

Observando essa necessidade de proteção ao vulnerável, é que se aduz Lima (2014, p. 55), para quem “o devedor não é reduzido a um ator de mercado, ele precisa não somente reembolsar seus credores, mas ter uma parte da renda reservada para as necessidades básicas de sua família”. Desse pensamento, surge a necessidade de proteção do mínimo existencial do consumidor, de modo a garantir sua própria subsistência e daqueles que são seus dependentes.

Nessa conjectura, surge o instituto do superendividamento não somente como um estado econômico-social de crise financeira, mas também, como medida para proteção dos meios essenciais de existência do consumidor. Essa medida se faz necessária em razão da incapacidade global de adimplemento de seus débitos, de modo a lesionar o mínimo existencial e conseqüentemente a falência de sua aptidão para o consumo (GIANCOLI, 2008, p. 129-130).

Em se permitindo essas conseqüências – a de exclusão do consumidor superendividado do mercado de consumo – surgirá dois novos problemas a se tratar, quais sejam, o adimplemento dos débitos contratados pelo consumidor e a maneira de retirá-lo do círculo vicioso de dívidas que compromete a sua dignidade.

É nesse ponto que, proteger o mínimo existencial do consumidor superendividado se mostra mais eficaz.

Com efeito, Giancoli (2008, p. 130) ensina:

Mínimo existencial, nada mais é do que um conjunto de recursos patrimoniais do devedor, cuja apuração se dá pela diferença entre o numerário auferido e o que é comprometido pelos pagamentos, sob o qual o ordenamento jurídico impede o recaimento do pagamento das obrigações assumidas, pois esse equivale ao menor grupo de bens vitais necessários para manter as despesas da vida cotidiana do consumidor.

O autor ainda complementa (2008, p. 130) em alusão ao patrimônio e dignidade que “cada vez mais, a proteção do patrimônio necessário à manutenção da existência do indivíduo, mas esta proteção agora é legitimada naquilo que o patrimônio tem de imprescindível como meio de realização da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade”.

Dessa maneira, embora buscou-se a proteção desse mínimo existencial – bens e meios para garantir o direito ao básico, como alimentação, saúde, moradia, vestimenta – por meio de um dos modelos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, considerando o título do

tópico referir-se à um possível modelo adequado para se alcançar a dignidade da pessoa humana, é necessário observar que não se esgotará o tema de maneira a preferir um modelo de forma estanque.

O que deve-se levar em consideração, portanto, é a utilização do superendividamento como garantia da manutenção do mínimo existencial do consumidor superendividado, de modo a evitar, de maneira fundamental, a sua “quebra” total que opere na sua incapacidade de consumo, ante os mecanismos que garantam a sua subsistência – seja pelo modelo da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações de consumo – bem como do estado sua remoção do estado da incapacidade global de adimplemento (GIANCOLI, 2008, p. 132).

É, portanto, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio supremo e absoluto, conforme já abordado, que buscar-se-á, na melhor medida possível, a proteção do consumidor superendividado e sua aptidão para o consumo.

CONCLUSÃO

O superendividamento no direito brasileiro surge como consequência da expansão do crédito ao consumo, ante a promessa de crédito fácil e uma posterior tranquilidade nas formas de adimplemento. Esse novo estado sócio-econômico decorrente da sociedade moderna, concentra-se, em resumo, na incapacidade do consumidor em adimplir suas dívidas de modo a adentrar em um círculo vicioso, sem perspectiva de remoção.

No entanto, embora o Código de Defesa do Consumidor seja um avanço na tutela do vulnerável, é importante salientar que sua abordagem acerca do superendividamento reluz de forma tímida, ao passo que, apenas indiretamente, prevê medidas de prevenção e como medida de tratamento, elenca somente a revisão das cláusulas contratuais que tornem as prestações excessivamente onerosas por fatos supervenientes.

Não obstante, em sua característica indissociável de microsistema, ao buscar a solução no ordenamento civil brasileiro, encontra-se apenas o procedimento da insolvência civil, que perfaz benefícios em prol apenas do credor/fornecedor, de modo a comprometer os meios necessários para o consumidor endividado possuir uma vida digna.

É por esse motivo que elegeu-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, inalienável e irrenunciável, e norte a ser buscado nas relações de consumo. Por evidente que o superendividamento ao comprometer o direito do consumidor de acesso ao crédito, visto como fundamental e, conseqüentemente tolher os meios necessários para a garantia do mínimo existencial, deverá necessitar de uma proteção especial.

É nesse contexto que buscou-se o alcance da dignidade da pessoa humana por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Embora abordou-se as teorias da eficácia indireta ou medita e da eficácia direta ou imediata, inolvida-se que intenção de sua análise não foi para fins de escolha de um modelo padrão a ser usado de forma cega e vazia.

Destarte, embora vislumbra-se a teoria da eficácia direta ou imediata com melhor feição e maior intimidade, salienta-se que o objetivo mestre é alcançar a dignidade da pessoa humana de modo a garantir o mínimo existencial do consumidor superendividado, parte vulnerável na relação de consumo.

Portanto, é nessa perspectiva que se mitiga a autonomia da vontade presente na relação de consumo, tendo em vista o consumidor tratar-se de pessoa vulnerável, necessitando de especial atenção no ordenamento jurídico brasileiro e, sem olvidar-se da característica de microsistema do Código de Defesa do Consumidor que buscou, na Constituição Federal, o

princípio norte da dignidade da pessoa humana como parâmetro a ser alcançado, visando proteger o seu mínimo essencial do superendividado.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. vol. II, 49.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 12.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.