



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade

MARIA GIULIA GONTIJO BARRETO

**O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A MITIGAÇÃO DA
AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS**

BRASÍLIA – DF

2016



O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial do título de Bacharel.

Orientação: Prof^o. Danilo Porfírio de Castro Vieira

BRASÍLIA – DF

2016

***Aos meus pais e ao
meu estimado Mestre, Danilo
Porfírio.***

RESUMO

O objeto do presente trabalho é a análise do problema do superendividamento na sociedade contemporânea e os seus reflexos para o consumidor e para a atividade empresarial. Através do modelo de economia adotado pelo Brasil, foi dada ao consumidor a possibilidade do poder de compra. Ao facilitar o crédito, os consumidores acabaram por consumir de forma descontrolada, se tornando inadimplentes, visto que não se atentavam ao seu real poder de compra, comprometendo a sua renda e até a própria subsistência e de sua família. Dentro disso, os consumidores passaram a se superendividar, uma vez que não tinham condições de arcar com os seus débitos, gerando dívidas sobre dívidas. Em outra análise, a relação consumerista é fundamentada pelos princípios da boa-fé objetiva, da liberdade de contratar e da confiança recíproca. Sendo assim, o contrato deve ser respeitado em sua máxima, tendo como base também o princípio da autonomia privada dos contratos, haja vista que o consumidor e o fornecedor, em tese, avençaram um contrato com plena liberdade, sendo este baseado na vontade de ambas as partes. Dentro disso, o descumprimento da obrigação de uma das partes contratantes deve ser discutido, visto que repercute na economia e na sociedade como um todo, além de prejudicar a parte que cumpriu com sua contraprestação do negócio. Apesar de não haver na legislação brasileira uma norma que dispõe sobre o superendividamento, há um Projeto de Lei em análise no Senado Federal para que seja alterado o Código de Defesa do Consumidor a fim de dar tratamento sobre tal fenômeno e conseguir proteger o consumidor superendividado. Porém, nada foi discutido sobre as consequências que o superendividamento do consumidor pode causar ao fornecedor que age de boa-fé e de forma transparente, sendo que tal fato pode gerar uma crise econômica para a atividade empresarial. Nesse sentido, é preciso haver uma maior análise sobre tal instituto, além da necessidade de ser respeitado o princípio da autonomia privada nos contratos de consumo, devendo ser tutelado tanto os direitos do consumidor quanto os direitos do fornecedor de bens e serviços.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Autonomia privada. Relação de consumo. Superendividamento do consumidor. Atividade empresarial.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 2 SUPERENDIVIDAMENTO NO MODELO LIBERAL DE DIREITO NEGOCIAL..... | 8 |
| <u>2.1 Autonomia da vontade e a força vinculante das convenções.....</u> | <u>8</u> |
| <u>2.2 Formas de extinção e revisão do contrato.....</u> | <u>16</u> |
| <i>2.2.1 Novação.....</i> | <i>16</i> |
| <i>2.2.2 Nulidade absoluta e relativa.....</i> | <i>19</i> |
| <i>2.2.2.1 Nulidade absoluta.....</i> | <i>19</i> |
| <i>2.2.2.2 Nulidade relativa.....</i> | <i>20</i> |
| 3 AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO..... | 22 |
| <u>3.1 Autonomia da vontade e autonomia privada.....</u> | <u>22</u> |
| <u>3.2 Vulnerabilidade.....</u> | <u>33</u> |
| <u>3.3 Boa-fé objetiva.....</u> | <u>37</u> |
| <u>3.4 Função social do contrato.....</u> | <u>42</u> |
| 4 ANÁLISE DO INSTITUTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E SEUS PROBLEMAS..... | 45 |
| <u>4.1 A tutela jurídica do consumidor no ordenamento brasileiro.....</u> | <u>45</u> |
| <i>4.1.1 Aplicação do CDC ao superendividamento.....</i> | <i>47</i> |
| <u>4.2 Aspectos do superendividamento: conceito e abrangência.....</u> | <u>49</u> |
| <i>4.2.1 O superendividamento sob uma breve perspectiva histórica.....</i> | <i>52</i> |
| <i>4.2.2 Superendividamento ativo e passivo.....</i> | <i>54</i> |
| <i>4.2.3 Crédito ao consumo e seus problemas.....</i> | <i>56</i> |
| <i>4.2.4 Do incumprimento ao superendividamento.....</i> | <i>60</i> |
| <u>4.3 Reflexos do superendividamento na atividade empresarial.....</u> | <u>61</u> |
| <u>4.4 A proposta do anteprojeto de reforma do CDC no Brasil.....</u> | <u>67</u> |
| <u>4.4 Posicionamento jurisdicional.....</u> | <u>70</u> |
| 5 CONCLUSÃO..... | 72 |
| REFERÊNCIAS..... | 74 |

1 INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo está se tornando cada vez mais um problema tanto para os consumidores quanto para a atividade empresarial, visto que o consumismo exacerbado se tornou algo comum e que traz diversos malefícios para os envolvidos e também para a economia, afetando a sociedade como um todo.

Na atual conjuntura, é notório que o consumo se tornou algo mais do que simplesmente o modo de suprir as necessidades básicas, uma vez que muitas vezes os indivíduos consomem bens supérfluos com o intuito de serem aceitos diante do meio social. Um fator que leva as pessoas a consumirem produtos que são dispensáveis às suas necessidades principais é a publicidade veiculada pela mídia ostensiva que seduz ao consumismo.

Por decorrência desse consumo excessivo, através da facilidade de aquisição de crédito e a utilização indiscriminada deste, as pessoas começaram a adquirir uma dívida em cima da outra, sem ter controle sobre a própria renda, levando à inadimplência. Nisso, a sociedade passou a enfrentar um fenômeno denominado de superendividamento.

O endividamento não é um fato novo na sociedade, porém, o consumo exacerbado que levou ao instituto do superendividamento começou a ter força após a instituição do Plano Real, ou seja, a partir do ano de 1995, uma vez que nessa época houve a democratização do crédito. Nesse sentido, com mais facilidade de adquirir crédito, os consumidores passaram a celebrar contratos com instituições financeiras a fim de poder comprar produtos supérfluos ou não para satisfazer os seus desejos.

O crédito bancário serve justamente para promover o poder de compra daqueles indivíduos que não possuem renda suficiente para adimplir com o débito no determinado momento em que tem a intenção de consumir algum produto ou serviço. Assim, começou a ocorrer a utilização descontrolada do crédito, sendo que os consumidores não se organizam ao celebrar um contrato, comprometendo a sua renda e de sua família, o que gera uma reação em cadeia.

O superendividamento não é só um problema particular do consumidor que está nessa situação, mas também da sociedade como um todo, visto que afeta, ainda, a economia, a atividade empresarial e o meio social em si.

O presente trabalho tem como intuito a análise do problema do superendividamento e a mitigação da autonomia privada nos contratos de consumo. Apesar de existir uma discussão importante sobre a alteração do Código de Defesa do Consumidor para tratar sobre o fenômeno do superendividamento, a doutrina e a comissão que preside a proposta do Projeto de Lei nº 283/2012, focou-se somente na proteção do consumidor superendividado, nada dispondo sobre os reflexos que o superendividamento pode causar à atividade empresarial, que também deve ser tutelada, visto que esta também pode vir a ser prejudicada pela falta de adimplemento do consumidor.

Dentro disso, o primeiro capítulo teve como foco a conceituação e um breve desenvolvimento histórico sobre a autonomia da vontade e a força obrigatória das convenções no modelo liberal negocial. Com relação à autonomia da vontade, compreendeu-se que esta era a base – juntamente com a força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*) – de todo contrato, onde as partes contratantes tinham o poder sobre a celebração do contrato, sem interferência do Estado, sendo que o que valia era a vontade dos contratantes.

Dentro da autonomia da vontade, circundava os princípios da liberdade contratual e da liberdade de contratar, sendo que aquela se tratava do poder de contratar ou não e esta dizia respeito à faculdade de contratar com quem desejasse.

O princípio da força obrigatória das convenções tem como escopo o fato de que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, o que foi contratado deve ser respeitado. Assim, o contrato não poderia ser alterado por qualquer fato superveniente, devendo as partes ter toda a cautela para que os princípios basilares do contrato sejam obedecidos.

Estes princípios tinham total incidência na época do liberalismo, uma vez que um dos fundamentos desse modelo era a não interferência do Estado na vida dos particulares.

Ainda foi disposto no primeiro capítulo sobre algumas espécies de extinção e revisão do contrato, quais sejam: novação e nulidade – absoluta e relativa. A novação é conceituada como uma substituição de um negócio jurídico por outro, e hoje não possui a mesma importância que possuía antigamente.

No segundo capítulo faz-se uma compreensão da autonomia privada como princípio que rege os contratos atualmente. Distingue-se autonomia privada de autonomia da vontade por aquela ser ramificação desta e, depois da evolução e da publicização do direito privado, a autonomia da vontade começou a perder sua força e a autonomia privada dos contratos veio para substituí-la, em decorrência, principalmente, dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade humana. Isso ocorreu com a influência do dirigismo contratual, uma vez que o Estado passou a ter mais interferência nas atividades negociais dos particulares, a fim de evitar abusos de um contratante em detrimento do outro, e para que isso não afetasse a economia e nem a sociedade.

Autonomia privada, em síntese, é uma restrição do que o princípio da autonomia da vontade prega, ou seja, além de depender da vontade das partes, também envolve outros fatores como políticos, psicológicos, econômicos e sociais, uma vez que é influenciada pela norma de ordem pública.

Também foi feita uma análise da vulnerabilidade do consumidor nas relações consumeristas, devendo ser estes amparados pelo Estado para que não haja desequilíbrio contratual.

No terceiro capítulo, por sua vez, compreende a análise do fenômeno do superendividamento de uma forma mais aprofundada, buscando compreender a raiz do problema. Também são analisados o superendividamento numa breve perspectiva histórica e o Projeto de Lei nº 283/2012 que está em trâmite no Senado Federal com o intuito de alterar o Código de Defesa do Consumidor para tratar sobre o superendividamento.

Porém, essa proposta se restringiu a cuidar do consumidor superendividado, deixando de lado a proteção do fornecedor de bens e serviços que acaba por ter sua atividade empresarial como uma das mais afetadas, devido o superendividamento do consumidor. Dentro disso, o princípio da autonomia privada dos contratos, e até da autonomia da vontade, acabam não sendo respeitados, visto que o Projeto de Lei 283/2012 traz a revisão do contrato quando o consumidor superendividar-se, deixando de lado a obediência a estes princípios, trazendo uma certa insegurança para a atividade empresarial, podendo gerar até uma crise financeira para a empresa.

2 SUPERENDIVIDAMENTO NO MODELO LIBERAL DE DIREITO NEGOCIAL

2.1 Autonomia da vontade e a força vinculante das convenções

Historicamente, princípio da autonomia da vontade é uma das bases do direito 'privado. De acordo princípio da autonomia, as partes têm liberdade para contratar com quem desejar e o que quiser, dentro dos limites da lei. Pela expressão “vontade”, compreende-se o ato de querer, a capacidade de escolher praticar ou não certos atos. Autonomia, por sua vez, significa a possibilidade de decidir de forma livre, apesar de ser limitada, sem influências externas¹.

A autonomia da vontade foi levada à máxima interpretação no Código de Napoleão, se transformando no alicerce de todo o diploma definido para os contratos. A liberdade humana foi considerada tão irrestrita que o acordo de vontades chegou a ser comparado à lei².

Com relação à vontade, esta se estabeleceria na esfera das relações privadas, assim, o Estado não tinha o poder de intervir em sua manifestação, exceto para adaptá-la a certos limites ou para fazê-la gerar seus efeitos, no caso de descumprimento das obrigações que foram avençadas no contrato³.

O mecanismo de concretização da autonomia da vontade era o contrato. Existe liberdade de escolha. O indivíduo desde o momento em que vem ao mundo tem liberdade para contratar ou não; porém, uma vez celebrado e fixado o vínculo, não há possibilidade de se desobrigar⁴.

No século XIX, a disciplina do contrato baseava-se na declaração volitiva das partes, na análise de vícios do consentimento. O que interessava era examinar se o consentimento era livre. Na essência dos contratos contemporâneos, por sua vez, a lei intenciona mais a contratação coletiva, buscando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para um dos contratantes. Desse modo, a lei intencionou

¹ RATTI, Fernanda Cadavid. *Autonomia da vontade ou autonomia privada?* Revista Jus Navigandi, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

² SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social do Contrato*, 2004, p. 32.

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

⁴ Ibidem.

dar aos mais vulneráveis uma superioridade jurídica para contrapesar a inferioridade econômica⁵.

Nesse sentido, dispõe Antônio Jeová Santos⁶:

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

O princípio da autonomia da vontade se distende em subprincípios, como o da liberdade de contratar, o da liberdade contratual, o da força obrigatória das convenções e o da relatividade dos contratos⁷.

Nesse sentido, liberdade de contratar tinha como escopo a ideia de que a conclusão dos contratos devia ser algo completamente livre para as partes negociantes: eles que deviam definir se deveriam estipular ou não o contrato, em sua supremacia individual de discernimento e escolha, estabelecendo, também, se pode concluir com esta ou aquela contraparte. Além disso, essa determinação era feita com autonomia absoluta do teor do contrato, fixando ou não cláusulas, convencionando preços⁸.

As limitações para a liberdade de contratar eram exclusivamente negativas, sendo simples proibições; estas deveriam somente demonstrar as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual das partes podia expandir-se sem restrições e controles: não inserir no contrato uma certa cláusula, não celebrar um determinado contrato⁹.

Ao contrário, não se permitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse subordinada a vínculos positivos, como, por exemplo, a prescrições que fossem impostas às partes, a estipulação de um determinado contrato, ou a estipulação com um indivíduo certo, ou por um determinado preço ou em determinadas condições,

⁵ GOMES, Orlando. *Direito civil: Teoria geral dos contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94.

⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social do Contrato*, 2004, p. 33.

⁷ FIUZA, César; Coutinho, Sérgio Mendes Botrel. *A intervenção do estado e a autonomia da vontade*. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁹ *Ibidem*.

sendo que os poderes públicos – legislador e tribunais – não deveriam interferir, em qualquer caso, na liberdade de escolha dos negociantes privados¹⁰.

Havia muita resistência em introduzir limites – mesmo que essencialmente negativos – voltados para a proteção dos indivíduos, cuja inferioridade e fraqueza contratuais não advinham de situações biológicas, mas sim econômico-sociais¹¹.

Em tal liberdade de contratar ou não contratar nesses ou naqueles modos, essencialmente ilimitada, havia uma não limitação da responsabilidade pelas obrigações avançadas, classificadas como uma conexão tão intensa e inderrogável que poderia ser comparado à lei, visto que os contratos legalmente celebrados têm força de lei para aqueles que os negociaram. Os indivíduos são totalmente livres para contratarem ou não, todavia, uma vez que é celebrado um contrato, as partes ficam, irrevogavelmente, vinculadas àquele¹².

Nesse preceito, baseado na mais ampla liberdade de contratar, não existia espaço para debater sobre o assunto da inerente igualdade, da justiça substancial das relações econômicas, vez ou outra concretizadas sob o formato contratual. Ponderava-se e alegava-se, fatidicamente, que a justiça do vínculo contratual era automaticamente afirmada pelo fato de o teor deste corresponder à vontade livre das partes, que, de forma espontânea e consciente, o fixavam de acordo com os seus anseios, e, especialmente, o celebravam com base na mútua igualdade jurídica (as revoluções burguesas, e as sociedades liberais surgidas a partir destas, tinham extinguido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam as regras em vários modos semifeudais do “antigo regime”, corroborando a equidade de todos os cidadãos ante a lei): exatamente e nesta paridade de arranjos jurídico-formais entre as partes incidia na segurança de que as trocas, não atreladas a algum tipo de vício na raiz pela presença de distinção nos poderes, nos direitos, nas capacidades legais adjudicadas a cada um deles, obedeciam inteiramente os cânones da justiça comutativa¹³.

Assim, liberdade de contratar e igualdade formal dos contraentes eram os alicerces – que se completavam mutuamente – com relação aos quais se fixava a

¹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

afirmativa peremptória, conforme a qual dizer “contratual” é o mesmo que dizer “justo” (quit dit contractuel dit juste)¹⁴.

De outro ponto de vista, liberdade contratual e igualdade formal das partes surgiam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses individuais destes, mas, igualmente, do interesse comum da sociedade. As teorias econômicas que prevaleciam na época – na diretiva do *laissez-faire*, *laissez-passer* – intencionavam, de fato, que o bem estar social podia ser alcançado da melhor maneira, não mais com interferências incisivas do poder público, mas somente deixando a liberdade de curso às iniciativas, aos interesses dos particulares, que o instrumento do mercado e da concorrência coordenou e orientou de modo automático para o uso dos recursos de forma exaustiva, para o total acréscimo da riqueza nacional. E é notório que esta liberdade de iniciativa econômica, avaliada como coletivamente benéfica e imprescindível, está presente no plano jurídico da liberdade, compreendida de acordo com o interesse social, de celebrar contratos quando, como e com quem pretender¹⁵.

A autonomia da vontade, com a decadência do Estado Absolutista e suas vantagens de classe no século XIX, aparece como referencial para o novo sistema jurídico do liberalismo em formação. A burguesia predominante, que tinha o poder econômico, já não estava mais subordinada à nobreza e detinha liberdade contratual¹⁶.

Nesse princípio, os particulares são livres para contratarem com quem desejarem. Porém, no momento em que contratam, vinculam-se verdadeiramente; o objeto que escolheram de forma livre torna-se liame rígido das suas condutas, e se quebram o que foi avençado, se responsabilizam por isso e ficam subordinados a sanções. É o binômio liberdade contratual – responsabilidade contratual (ou utilidade-risco), conforme o qual “o contrato faz lei entre as partes”¹⁷.

No que tange ao direito brasileiro, o Código Civil de 1916 possuía uma perspectiva liberal. Tal legislação era revestida das propriedades individualistas, voluntaristas e patrimonialistas que abalizaram o direito civil oitocentista. O viés

¹⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ RATTI, Fernanda Cadavid. *Autonomia da vontade ou autonomia privada?*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 23 de jun. 2016.

¹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

liberal do código é notório e torna-se fácil compreender que o legislador teve o anseio de ceder-lhe o status de uma Constituição de direito privado, finalizando em si todo o teor normativo e valorativo imprescindível para a regulamentação das relações havidas entre os indivíduos em seu âmbito de autonomia¹⁸.

Se esta “lei privada” tem sua base na vontade comum entre os contraentes, não é, em regra, aceitável que um deles possa desvincular-se de suas obrigações, por meio de uma **unilateral e arbitrária manifestação de vontade própria**¹⁹.

Nesse sentido, assevera Cláudia Lima Marques²⁰:

Fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a ideia de superioridade da vontade sobre a lei. O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora. O contrato, como diz o art. 1.134 do Código Civil Francês, será lei entre as partes. A própria lei, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na ideia de um contrato entre todos os indivíduos desta sociedade. A *vontade* é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos.

Dentro disso, para que haja o termo dos comandos fixados no contrato, é obrigatório que o consenso entre os sujeitos, ou uma disposição na lei de forma explícita. Por outro lado, os contratantes têm o poder de determinar que a cada um deles ou a ambos seja conferida a possibilidade de rescindir o contrato. Em tal situação, a parte pode se eximir dos deveres contratuais como um ato unilateral de vontade (rescisão unilateral); porém, isto não significa revogação do princípio então descrito, visto que tal poder sempre acha sua base na vontade comum entre os contratantes²¹.

Em dados casos e em relações privadas, é a lei que determina a uma parte o poder de rescindir de forma unilateral o contrato, não dependendo sequer de ajuste prévio entre as partes²².

De acordo com o art. 1372/16 do CC: as obrigações contratuais vinculam, com força de lei, os sujeitos que as celebram, todavia, somente os sujeitos que as celebram, não havendo possibilidade de gerar obrigações para que terceiros alheios

¹⁸ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62, 2006.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

ao contrato cumpram. Obrigações ou resultados negativos sobre o patrimônio das pessoas podem decorrer de vontades próprias, ou, em alguns casos, da lei, mas não da vontade de outros indivíduos²³.

Assevera Otavio Luiz Rodrigues Júnior que o liberalismo buscava harmonizar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se caracterizavam como fundamentos basilares das relações entre particulares²⁴.

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, as partes negociantes possuem liberdade de contratar ou não, de acordo com o que lhes convier, determinando, em caso afirmativo, com quem contratar, o que contratar e o teor do negócio. Assim, a declaração de vontade deve ser livre, séria e no sentido da contratação nos moldes anteriormente examinados²⁵.

Desse modo, para que haja formação de uma relação contratual, é imprescindível que as declarações de vontade dos contratantes sejam convergentes. Essa convergência, porém, não significa igualdade de interesses, que muitas vezes são até contrapostos²⁶.

Todavia, não é suficiente a convergência de vontades para que se possa considerar o contrato válido e eficaz. Também é necessária seriedade no teor da declaração da vontade das partes contratantes²⁷.

A liberdade do declarante em exteriorizar a sua vontade é intrínseca ao contrato. Desde os primórdios, após a superação do período em que prevalecia a vontade do mais forte, a idealização do contrato abrange a noção de liberdade de ambas as partes. A ausência de liberdade proporciona ainda hoje a desconstituição do negócio jurídico por vício de consentimento (coação)²⁸.

Ademais, a autonomia da vontade não pode se formar em instrumento ofensivo aos direitos alheios. Assim, justifica porque a liberdade contratual não pode implicar em autonomia absoluta, competindo ao Direito criar instrumentos

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62, 2006.

²⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual do direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual do direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

necessários para impedir que ocorram abusos gerados pelos negociantes, tanto de um contra o outro quanto contra terceiros²⁹.

Nessa linha, o princípio que vincula as partes contratantes se denomina *Pacta Sunt Servanda*, ou seja, o contrato faz lei entre as partes; um princípio que, além da irrefutável característica ética, traz consigo, ainda, um importante sentido econômico: o comprometimento rígido pelas obrigações avençadas é, de fato, condição para que as permutas e outras operações de movimentação da riqueza se desenvolvam de maneira acertada e hábil de acordo com a coerência que lhes é atrelada, para que não decepcionem as previsões e os cálculos dos operadores³⁰.

Desse modo, o supradito princípio tem como escopo a ideia de que as partes deverão cumprir o que foi avençado no contrato. Tal concepção decorre da questão de que o contrato deve integrar o ordenamento jurídico no mínimo para as partes envolvidas³¹.

Dentro da perspectiva liberal, a autonomia da vontade tornou-se importante condutor axiológico e normativo que regulam o correto entendimento do direito civil em geral e do direito contratual de forma particular³².

A visão contratual desenvolvida a partir das revoluções liberais e baseada na autodeterminação do indivíduo possuía uma essência voluntarista. A vontade emitida de forma válida e o consenso recíproco, não eivados de vícios, mostravam-se suficientes para instituir o contrato, ligando uma parte a outra. Nota-se que todos os postulados clássicos de direito contratual e o próprio entendimento do contrato circundavam-se claramente na característica volitiva³³.

Porém, ainda que a constituição da relação contratual se dê pelo consenso recíproco, é importante salientar que as consequências jurídicas são estabelecidas pelo ordenamento e não derivam diretamente da declaração de vontade³⁴.

A autonomia da vontade desempenha um papel basilar na instituição do contrato e na determinação de seu conteúdo e regras. O consenso compõe o vetor

²⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual do direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

³¹ RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³² FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

fundamental na clássica visão contratual influenciada pelas Revoluções Liberais do século XVIII e que regulou, também, as codificações instituídas até o início do século XX³⁵.

Ainda é preciso ressaltar que o contrato só deve alcançar as partes a ele vinculadas, sendo assim, não pode atingir terceiros que não estão relacionados ao contrato, obedecendo o princípio da relatividade das convenções. Se fosse diferente, iria contra toda noção da autonomia privada que regulou a filosofia burguesa e liberal e compõe um vetor da percepção clássica do direito civil e direito contratual³⁶.

Nas concepções liberais, havia o rigor e a prevalência excessivos sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*), onde o contrato tem influência jurídica vinculativa com relação às partes contraentes, instituída pelo instrumento volitivo destas e, sendo assim, tal ato tem força obrigatória³⁷.

De acordo com a força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), as estipulações feitas no contrato deverão ser honestamente analisadas cumpridas, sob pena de haver execução sobre o patrimônio do inadimplente³⁸. Explica Maria Helena Diniz que, se o contrato é avençado de forma livre, é coligado ao ordenamento jurídico e constitui adequada norma de direito, permitindo ao contratante a exigência da atuação do Estado para conduzir o inadimplente ao cumprimento³⁹.

Nessa linha, ainda preceitua Cláudia Lima Marques⁴⁰:

A ideia de força obrigatória nos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior ou caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor ante a tutela jurisdicional. Ao juiz, não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada

³⁵ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

³⁸ RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁹ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato. Lembre-se por último que, como corolário da liberdade e autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando sua vontade (*inter partes*).

A obrigatoriedade das convenções é efeito natural de sua função social⁴¹. O princípio do *pacta sunt servanda* significa dizer que a palavra dada é irreversível. A lei autoriza que o indivíduo contrate ou não, com quem desejar, escolhendo o teor do contrato, desse modo, instituído este, as partes ficarão subordinadas às suas determinações.

Este princípio teve sua prevalência diminuída e está restringido pelo princípio do equilíbrio contratual, sendo este o mesmo que a teoria da imprevisão, cuja doutrina denomina como cláusula *rebus sic stantibus*. Dentro disso, o Estado-juiz apenas poderá modificar as determinações do contrato em casos excepcionais, em decorrência da obrigatoriedade das convenções⁴².

2.2 Formas de extinção e revisão do contrato

2.2.1 Novação

Pode ser caracterizada como a formação de uma obrigação nova, substituindo outra que foi suprimida. O autor Antunes Varela⁴³ conceitua a novação como convenção pela qual os negociantes extinguem uma obrigação diante da concepção de uma nova obrigação em substituição daquela.

Nessa mesma linha, corroboram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁴ que novação é “o negócio jurídico por meio do qual se cria uma nova obrigação, com o objetivo precípuo de extinguir-se a obrigação anterior”.

As condições formais e o mecanismo da novação eram muito vivos e complicados. Por vários séculos a novação realizou o vínculo entre o personalismo primitivo da relação obrigacional e a negociabilidade de seu teor. Esse instituto teve a sua abrangência suprimida pelo desenvolvimento do princípio da

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 14, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

⁴² RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, pág. 230, Coimbra: Almedina, 1997.

⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 575.

transmissibilidade no Direito moderno, em contraponto com a rigorosa percepção romana, que era contra a alteração de seus elementos⁴⁵.

Contudo, isso não significa que o Direito moderno tenha afastado tal instituto, e sim lhe deu a importância necessária, que é bem menor do que a que era utilizada, mas isso não impediu os mais atuais símbolos legislativos de conservá-la⁴⁶.

Suprimiram no Direito moderno, também, as particularidades do romano, estruturando-se o instituto em modos mais simples e práticos. No que tange ao princípio, com a novação o devedor se exime sem cumprir a obrigação, e é por esse motivo que se afirma que a novação realiza a sua extinção sem pagamento, no mesmo tempo em que o credor obtém novo crédito, substituindo o antigo⁴⁷.

Novação, assim dizendo, implica em uma obrigação que, ao surgir, elimina outra preexistente, e urge ressaltar: não existe, aqui, simples mutação ou transformação dos seus elementos secundários. Com relação à obrigação preexistente, ela desaparece, assim como ocorreria se tivesse havido o pagamento. É por essa razão que a novação é colocada como uma das causas extintivas da obrigação⁴⁸.

Em sua técnica, é distinto de pagamento. Ao passo que este é a execução ou o cumprimento, e se concretiza pela prestação do obrigado, satisfazendo-se o credor e liberando o devedor, a novação, que surge como extinção sem pagamento, funciona na verdade com o desaparecimento da relação primitiva, porém, como não se realiza a prestação devida, outra relação obrigatória surge substituindo a primeira, e, por este motivo, pode o mesmo credor permanecer credor ou o mesmo devedor permanecer devedor. Mas não da preexistente, e sim de uma nova obrigação, inventada com a *novatio*⁴⁹.

Ao mesmo tempo em que ela é simultaneamente causa extintiva de uma obrigação, ela é causa geradora também. Nesse sentido, Orlando Gomes⁵⁰

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 14, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2 ed. p. 162, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

corroborar que a novação se concretiza em decorrência de ato de vontade dos interessados, e não em por causa da lei⁵¹.

Na caracterização da *novatio* devem concorrer as respectivas condições:

- a)** O *consentimento*. Funcionando pela composição ou surgimento de uma nova obrigação, implica a capacidade do sujeito e a declaração de vontade, para que se efetive no plano jurídico o negócio, com força de novar. Esta condição ora promove o chamamento dos princípios referentes à capacidade comum para todo negócio jurídico, ora aqueles concernentes às limitações atribuídas às partes relativamente a certos atos ou contratos. E se o sujeito não tem aptidão para concretizar um dado ato negocial, ele não tem o poder de novar⁵².
- b)** A existência da antiga obrigação. Caso não haja um vínculo obrigacional, revestido das condições de validade, que possa ser eliminada, e alterado por outra diversa, não há possibilidade de novar⁵³.
- c)** Deve ter validade. Se não se constitui, ou se está eivada de nulidade, nem produz o resultado de fixar o *iuris vinculum* imprescindível à sua própria existência, nem tem força para extinguir a obrigação preexistente. Se a nova obrigação for anulável e vier a ser anulada, a consequência do seu desfazimento será o restabelecimento da precedente, visto que a extinção se baseia no surgimento da nova, e, sendo esta desfeita, por defeito de constituição, a primitiva não se extingue, uma vez que a anulação faz interromper os resultados do ato e restabelece ao credor a relação anterior, restaurada⁵⁴.
- d)** O *animus novandi* completa-a. Dispõe o CC/2002, art. 361 que, não existindo a intenção de constituir novação, não chega a estabelecer-se a extinção da obrigação, e, nessa situação, a nova obrigação que se inicia tem a mera consequência de ratificar a anterior⁵⁵.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, p. 14, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, p. 14, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

⁵⁵ Ibidem.

2.2.2 Nulidade absoluta e relativa

Um contrato nulo não produz nenhum dos resultados jurídicos em vista dos quais os contraentes o celebraram, e que, assim, a operação econômica a ele vinculada, privada de qualquer importância e proteção legal, é para o direito como se não existisse. Dessa forma, se o contrato intencionava transmitir direitos e/ou a fazer surgir deveres, em caso de nulidade nenhum direito é transmitido, e não surge dever algum⁵⁶.

É comum dizer que o contrato nulo “não produz qualquer resultado”. Isso diz respeito somente no sentido de que ele não produz os resultados contratuais que os contraentes tinham intencionado. Ele pode, porém, compor desígnio material, de fato, para a elaboração de vários resultados jurídicos diferentes⁵⁷.

A nulidade é só uma das duas maneiras pelas quais se manifesta a invalidade do contrato: o outro é a anulabilidade. Nulidade e anulabilidade do contrato são assim reconduzidas, na doutrina jurídica, a única classe na qual encontram colocação simples. É necessário corroborar, todavia, que um contrato nulo e um contrato anulável são abordados de formas diferentes, e dão lugar a efeitos jurídicos bem distintos⁵⁸.

2.2.2.1 Nulidade absoluta

A nulidade absoluta é causada pelo ato nulo, do latim medieval nullitas, de nullus (nenhum, nulo). O ato não tem valor algum pela nulidade absoluta. Não gera efeito nenhum, porque se considera que tal ato, na realidade, nunca existiu. Entende-se como “nulo” todo ato que carece de algumas condições ou formalidades que a lei estabelece como imprescindíveis para que seja válido, ou que foi constituído em desconformidade com algum preceito proibitivo da legislação⁵⁹.

Nesse sentido, corrobora Heberson Moraes⁶⁰:

⁵⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵⁹ MORAES, Heberson. *Negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Publicado em: 11 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.saladedireito.com.br/2011/01/negocio-juridico-nulidade-e.html>>. Acesso: 17 ago. 2016.

⁶⁰ Ibidem.

O ato nulo produz a nulidade absoluta, ou de pleno direito. Ele é destituído de qualquer valor, não existindo, juridicamente. Ele não produz nenhum efeito jurídico, isto porque não chega sequer a se formar, por ausência de um de seus elementos essenciais. Nessa condição, ele não pode ser ratificado. Qualquer interessado pode alegar a nulidade; o juiz, ao conhecê-la, deve declará-la de ofício.

Assim, essa nulidade, também conhecida como nulidade de pleno direito, se caracteriza pelo relevante interesse de ordem pública. Pode ser arguida por qualquer interessado e pelo Ministério Público, sendo decretada pelo juiz, quando conhecer do ato ou de seus resultados e for demonstrada a sua existência por meio de provas⁶¹.

Dentro disso, estão expressos no Código Civil⁶² em seu art. 166 os casos de nulidade absoluta, senão vejamos:

É nulo o negócio jurídico quando:

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

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

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

1.2.2.2 Nulidade relativa

Essa nulidade também é compreendida como nulidade "dependente de alegação", sendo aquela que em consideração da prevalência dos interesses patrimoniais individuais, apenas o interessado tem legitimidade para argui-la, sendo impossível a sua declaração feita pelo juiz sem este ser provocado⁶³.

⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶² BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro.

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Desse modo, nulidade relativa é aquela que tendo sido praticada em desacordo com os princípios e normas legais, pode ser judicialmente anulado. A parte interessada tem o encargo de requerer a anulação ou não do mesmo. Enquanto o ato não for declarado sem efeito, tem ainda eficácia, visto que antes da decretação será considerado válido.

Dispõe o artigo 171 do Código Civil⁶⁴:

Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Nesse contexto, somente a parte interessada pode alegar a nulidade relativa, dentro de um certo tempo, uma vez que se for passado o prazo para tanto, a circunstância que torna o negócio anulável convalida e o juiz assim deverá ratificar, mesmo se perceber que há questão anulável no negócio, uma vez que ele deve ficar inerte para tanto.

⁶⁴ BRASIL, *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 maio 2016.

3 AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 Autonomia Privada e Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade, inspirada pelo Código Francês, tem como teor a plena liberdade de contratar hoje é colocado sob uma nova perspectiva. O liberalismo que colocou a vontade como centro de todas as convenções decaiu⁶⁵.

Menezes Leitão⁶⁶ alerta que a autonomia diz respeito ao poder que as pessoas possuem de instituir suas próprias regras. Já a autonomia privada consiste em uma autorização geral de conduta, um campo de liberdade pré-permitido. É a completa liberdade de criação de consequências jurídicas.

Para Enzo Roppo, autonomia, etimologicamente, significa faculdade de se governar por si mesmo – e não por determinação exterior – as normas de seu próprio comportamento; e autonomia privada, por sua vez, significa liberdade dos indivíduos de fixar com a sua vontade, vez ou outra atrelada à vontade de uma contraparte no consenso negocial, o teor do contrato que se deseja celebrar, das alterações que se intenciona adentrar no seu patrimônio⁶⁷.

Na evolução da teoria e da matéria de contratos existe uma tendência para a gradativa diminuição da influência da vontade das partes contratantes, compreendida como momento psicológico de quando se pretende avançar um contrato ou mesmo quando o faz: essa tendência pode ser definida como “objetivação do contrato”, acarreta o redimensionamento da importância que a vontade desempenha, tanto na esfera de definição do próprio conceito de contrato, quanto na esfera do tratamento jurídico real de cada vínculo contratual⁶⁸.

Autonomia privada é a base que garante a liberdade contratual das partes, podendo elas optar, através de um ajuste de vontades, seus interesses conforme a lei, estabelecendo o teor e a própria liberdade de escolher com quem contratar. Esta autonomia foi repaginada para se adequar ao Direito Civil contemporâneo, sendo elencado como um dos principais paradigmas deste⁶⁹.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo, Teoria Geral dos Contratos, p. 25

⁶⁶ LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Coimbra: Almedina, 2009

⁶⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <<http://www.ambito->

Na verdade, a autonomia privada parte da evolução da autonomia da vontade, visto que aquela sofreu evolução significativa. O conceito de autonomia privada surgiu a partir das concepções liberais que se desenvolveram, principalmente, nos séculos XIX e XX, especialmente pela importância que recebeu e a liberdade implantada nas normas constitucionais dos países considerados democráticos⁷⁰.

Nesse sentido, com o aperfeiçoamento do liberalismo, sobretudo pela publicização do Direito Privado do século XX e a ideia do Estado Social, surge o reconhecimento de uma função positiva da Constituição, que consiste na obrigação de o Estado não só de abster-se, mas também de comparecer na prestação de certas tarefas⁷¹.

A configuração geral da autonomia privada não ressalta apenas no momento da liberdade de fixação do teor do contrato, mas também a qualquer assunto no qual se aparece a iniciativa econômica dos indivíduos particulares, demonstrada na iniciativa contratual. No conceito de autonomia privada abarcam-se, de fato, além do poder de fixar o teor do contrato, a possibilidade de escolher de forma livre com quem contratar, podendo recusar, por exemplo, ofertas advindas de certos sujeitos; enfim, o de determinar em que modo contratual inserir a operação que se deseja, beneficiando um ou outro dos modelos legais presentes no código, ou também finalizar contratos que não caibam aos modelos que possuem uma área privada⁷².

Difere do princípio da autonomia da vontade em que neste todos são livres para decidir sobre o contrato como bem entenderem. O contrato seria fenômeno exclusivamente interno, absolutamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não é fenômeno meramente volitivo, mas fruto de circunstâncias externas. A situação objetivamente criada pelo contrato tem repercussões econômicas e sociais que justificam a intervenção legal⁷³.

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁷³ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

Os processos de industrialização e urbanização surgidas a partir do final do século XIX e que se fortaleceram ao longo do século XX acarretaram importantes modificações nas organizações sociais dos países ocidentais. Dentro disso, iniciou-se, mesmo que de forma tímida, um processo de descodificação do Código Civil, que teve por fim a remoção da regulamentação de várias características da vida social. Esses novos sistemas normativos pautavam-se em condutores axiológicos mais atuais, produto da decadência do Estado Liberal e da ascensão do Estado Social. Baseavam-se na concepção da igualdade substancial e tinham como escopo a necessidade de atuação efetiva do Estado no cumprimento dessa modalidade isonômica⁷⁴.

A decadência da essência do Estado Liberal acarreta, assim, uma elevação na publicização do direito privado. Os princípios clássicos recebem flexibilização a partir da junção com os princípios de essência mais social e dirigista, tais como a função social dos contratos e da boa-fé objetiva⁷⁵.

Por esse motivo, o direito civil perdeu grande parte da sua característica voluntarista, em decorrência do crescente índice de normas de conteúdo social e de uma influência do Estado mais ampla nas relações entre os particulares. Assim, a vontade acaba por não ser mais o núcleo das relações individuais, abrindo espaço para que o ordenamento jurídico emane novas regras na esfera do direito contratual⁷⁶.

É importante salientar que as restrições à autonomia privada não decorrem somente da lei, mas também de regras que diretamente dispõem sobre o ordenamento contratual, conformando-o, em concreto, com este ou aquele assunto, sobre a escolha da parte contratante, distinguindo-o etc. A experiência prova, ao contrário, que, várias vezes, essas restrições têm sua base diretamente em decisões judiciais ou em procedimentos das autoridades administrativas⁷⁷.

⁷⁴ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁷⁷ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>.

Normas legais, decisões judiciais e providências das autoridades administrativas são, assim, os sujeitos típicos das restrições direcionadas à liberdade contratual dos indivíduos. Em conjunto com a vontade dos contratantes, que traduzem diretamente o poder da autonomia, eles constituem as bases do regulamento contratual, para cuja tangível estipulação possa, conforme as circunstâncias, em distintos meios, concorrer⁷⁸.

O princípio da autonomia privada (acolhidos no nosso ordenamento em de modo não absoluto e limitado) prevê que a vontade dos contraentes deve ser considerada como a principal das bases de definição do ordenamento contratual⁷⁹.

Isto significa que os operadores são livres para organizar e determinar as suas iniciativas econômicas, na forma do contrato, de acordo com as modalidades e nos termos que melhor satisfazerem aos seus interesses, retirando modalidades e termos que entrem em conflito com os mesmos. Não quer dizer, todavia, que para especificar o teor e os resultados do contrato, se deva perscrutar as difíceis concentrações na mente das partes, para analisar as suas mais obscuras finalidades ou razões subjetivas; nem quer dizer que a validade e eficácia do ordenamento contratual devam ser obstinadamente celebradas numa averiguação daquele complexo das internas tomadas de arranjo mental que, dão lugar ao fato da vontade em acepção psicológica⁸⁰.

Assim, na sociedade moderna, adota-se a ideia de autonomia privada, uma vez que a proteção do direito civil é centralizada na pessoa, em sua valorização em sentido amplo. A autonomia da vontade diz respeito à esfera psicológica e subjetiva da parte pactuante; a autonomia privada, por sua vez, se refere ao sujeito de forma objetiva, através da sua capacidade de escolha⁸¹.

Decorre, a autonomia privada, dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade humana, substituindo a expressão “autonomia da vontade”, visto que a vontade não desempenha mais um papel de relevância como exercia antes, o qual

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁷⁸ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁷⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

se aceitava a teoria da vontade, além de que a autonomia agora se torna da pessoa, e não mais da vontade, provindo da concepção de humanização do direito civil⁸².

O contrato, como instrumento ligado ao domínio de bens e serviços, sofreu, de forma inevitável, as mesmas alterações, passando por várias transformações na sua conformação, tanto na esfera da liberdade de contratar, como na esfera da liberdade contratual⁸³.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz⁸⁴, elucida que a autonomia privada, a qual tem como base a liberdade contratual das partes, é poder de estipular livremente, como melhor convier, de acordo com suas vontades e seus interesses, sendo suscitados efeitos protegidos pelo sistema jurídico. A capacidade de autorregulamentação dos interesses dos contratantes, inserido no princípio da autonomia da vontade, engloba a liberdade contratual, sendo esta a deliberação do teor do pacto e a instituição de contratos atípicos; já liberdade de contratar é decidir com quem quer contratar e a de celebrar um contrato ou não.

Como já salientado, a liberdade contratual prevê que o indivíduo é livre para contratar ou não, escolher a outra parte contratante e decidir o teor do contrato. E se há essa vasta beira de discricionariedade, advinda da autodeterminação e da livre contratação, torna-se coerente a conclusão de que o contrato faz lei entre as partes, vinculando-as em todos os seus termos, desde que ausentes eventuais violações éticos-jurídicas⁸⁵.

Caio Mário da Silva Pereira⁸⁶ corrobora que a liberdade de contratar se exerce e se consolida em quatro momentos essenciais na existência dos ajustes. Primeiramente, existe a faculdade de contratar ou não contratar; tal momento sofre inúmeras restrições. Em segundo, a liberdade de contratar dá ensejo à escolha da pessoa com a qual vai contratar, ou seja, escolher com quem fará o negócio e qual o tipo deste.

⁸² HYONAKA, Giselda M. F. Novaes e Flávio Tartuce. *Direito Contratual*, Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

⁸³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*. O princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. p. 220, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, cit, p. 23.

⁸⁵ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos*: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais. p. 40, São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁶ Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil*. p. 22. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

No terceiro momento, a liberdade de contratar representa o poder de fixar o teor do negócio jurídico. Neste, as cláusulas são ordenadas conforme o que convém aos contratantes; a regra é que há a possibilidade de fixar a modalidade característica ao seu contrato e atribuir redação própria ao negócio. Em certos casos, a lei proporciona composição preestabelecida nos pactos nominados, porém, um dos contratantes pode ou não adaptar à sua realidade o teor do pacto. Em quarto, após a conclusão do contrato, ele passa a constituir fonte formal do direito e autoriza as partes a movimentarem o instrumento de coação do Estado para ordenar o seu cumprimento e preservar a sua execução⁸⁷.

Silvio Rodrigues⁸⁸ aduz que o princípio da autonomia privada é benefício conferido às pessoas de instituírem relações na esfera jurídica contanto que se sujeitem à legislação e que sua finalidade combine com o interesse geral ou não entrem em contradição. Desse modo, qualquer pessoa, pela sua manifestação volitiva e tendo objeto lícito, pode instituir negócios a que a lei atribui validade. O princípio da autonomia privada, na concepção do autor, se estende a outros dois: a) o princípio da liberdade de contratar e de não contratar, onde ninguém tem a obrigação de contratar com outra pessoa; b) o princípio de contratar o que bem quiser, porém, este fica restrito à ordem pública, visto que o contratante é proibido de inserir seu interesse que contradigam com os da sociedade.

A liberdade de contratar, assim, que é a possibilidade que o indivíduo tem de contratar ou não, impossibilita a uma das partes a faculdade de se esquivar dele de forma unilateral, até mesmo porque o pacto nascia de duas pretensões convergentes e livres⁸⁹.

Ao passo em que a sociedade de consumo se massificou, a liberdade contratual passou a ser mais restringida; com caráter protetivo, com o dirigismo contratual, com a interferência do Estado e da Legislação houve mais influência nas relações negociais⁹⁰.

Esse fato, todavia, não se deu com a intenção de diminuir a força vinculativa do contrato nem de abolir a existência da vontade individual em sua instituição.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições do Direito Civil*. p. 22 Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁸⁸ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil: Dos contratos*. p. 6. São Paulo: Atlas, 1997.

⁸⁹ RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹⁰ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: 2013. Atlas.

Simplesmente foi inserida ao princípio da autonomia da vontade a responsabilidade social manifestada no princípio da boa-fé objetiva⁹¹.

Dentro desse contexto, com relação ao dirigismo contratual, consagra Paulo Roque Khouri⁹²:

“O dirigismo contratual pode ser sintetizado como o movimento do Estado em direção à justiça dos contratos, em que a autonomia da vontade passa a ser, em muitos casos, dirigida pela lei, como uma resposta da sociedade aos contratos injustos e desequilibrados. Substitui-se, então, a preocupação excessiva em assegurar aos cidadãos a liberdade de contratar pela preocupação com a justiça contratual”.

Assim, o dirigismo contratual limitou a autonomia da vontade, em benefício da elaboração de várias leis, estabelecendo princípios básicos que os contratos não podem afastar⁹³.

Essa intervenção estatal se junta com a adoção do princípio da função social dos contratos, sendo este o regramento aplicável tanto aos contratos consumeristas como aos contratos civis. Nota-se que a função social do contrato implanta uma nova vertente, qual seja: o Estado Social⁹⁴.

Enzo Roppo⁹⁵ reconhece de forma explícita as limitações referentes à liberdade de contratar ou não, sendo que tais limitações podem ter especificidade subjetiva, visto que dizem respeito individualmente aos indivíduos com quem os negócios são celebrados.

Nesse sentido, para Karl Larenz, o indivíduo só pode existir quando for reconhecido pelas outras pessoas, quando, além do seu âmbito de personalidade e propriedade, tiver o poder de organizar obrigações. A liberdade contratual, traduzida pela autonomia privada, compreende a liberdade de contratar, ou liberdade de

⁹¹ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁹² KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Atlas, p. 10, 2013.

⁹³ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹⁴ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista *Âmbito Jurídico*, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁹⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 2009 cit., p. 55.

concluir contrato. Com relação à liberdade de contratar, corrobora Larenz, que ela só se restringe pela lei, pelos bons costumes e a moral⁹⁶.

Contudo, é necessário ressaltar que as principais restrições à liberdade de contratar giram em torno do teor dos contratos, devendo ser de suma importância compreender a essência da eficácia interna da função social dos contratos entre os contratantes⁹⁷.

O conceito de autonomia privada é mais apropriado que a autonomia da vontade, compreensão que decorreu da repersonalização do direito privado e da valorização da dignidade humana como centro do direito privado⁹⁸.

A autonomia privada é, assim, poder que os indivíduos têm para regular, por intermédio do exercício de sua própria vontade, as relações de que tomar parte, fixando-lhe o teor e a respectiva matéria jurídica. A expressão “autonomia da vontade” possui uma essência subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada vem do poder da vontade no direito de uma maneira objetiva, tangível e real⁹⁹.

A vontade, por si só, acabou por perder evidência que possuía no passado com relação à criação dos contratos e dos negócios jurídicos. São diversos os motivos que fizeram com que tal transição ocorresse, a concretização da crise instaurada nas relações particulares, o que gera mudança significativa nos liames negociais, devendo, o contrato, ser observado pelo que reflete na sociedade¹⁰⁰.

O princípio da autonomia privada pode ser conceituado, então, como regra fundamental da ordem individual, porém influenciado pelo ordenamento público, cujo qual a constituição dos contratos, além de depender da pretensão das partes, também dá atenção a outros fatores como psicológicos, políticos, econômicos e sociais.

⁹⁶ LARENZ, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm. 1994. *Lerbuch des Shuldercht*. Munique: C. H. : Beck, 1994.

⁹⁷ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁹⁸ Amaral, Francisco. 2000. *Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 101.

⁹⁹ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

¹⁰⁰ Ibidem.

Pablo Stolze¹⁰¹, com a finalidade de transmitir as influências do dirigismo contratual com relação à autonomia privada corrobora que a sociedade encontra-se em um momento histórico caracterizado por conflitos geopolíticos e imprevisibilidade na economia, no qual o individualismo selvagem deu espaço para o solidarismo social, típico de uma sociedade marcada pela globalização, que necessita do reconhecimento de regras restritivas, do progresso da autonomia privada, em obediência ao princípio da dignidade humana.

O Enunciado 23 do CFJ (Conselho Federal de Justiça) argui que a função social do contrato não exclui o princípio da autonomia contratual, contudo, diminui a abrangência desse princípio quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual ou interesse relativo à dignidade da pessoa humana.

Karl Larenz¹⁰² corrobora, ainda, que a autonomia privada é a possibilidade, proporcionada e garantida aos indivíduos, de regularem suas relações recíprocas dentro de certos limites, através de negócios jurídicos, especialmente os contratos.

Pondera Roberto Senise Lisboa¹⁰³ que a determinação da autonomia privada constitui prioridade para alcançar o equilíbrio da relação contratual e a igualdade real que se almeja para ambos os negociantes. Explica-se tal determinação, também, como forma inidônea para a tutela dos interesses de terceiros determinados ou indeterminados, que, por acaso, vierem a sofrer consequências do contrato ajustado pelas partes.

Dentro dessas análises, deve ser dada atenção às restrições com relação à autonomia privada no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito aos contratos consumeristas, no qual se identifica o dirigismo contratual, e juntamente a ascensão do Estado Social que substituiu o Estado Liberal, tendo como principal critério a tutela ao contratante mais vulnerável da relação negocial¹⁰⁴.

¹⁰¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: Contratos Teoria Geral*, São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰² LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. 1994. *Lerbuch des Schuldrecht*. Munique: C. H.: Beck, p. 334-358 e p. 361.

¹⁰³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 88

¹⁰⁴ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

O CDC implantou uma revolução na ideia de contrato, especialmente por seu viés social, e uma tentativa de análise do contrato conforme o núcleo que o engloba, sendo assim, a Lei 8.078/1990 aderiu de forma implícita o princípio da função social dos contratos¹⁰⁵.

A supradita lei ainda impõe claras restrições à autonomia privada, exatamente em prol dos interesses dos consumidores, e, também, indiretamente também propugna o interesse da coletividade. A principal limitação à autonomia privada no CDC pode ser notada em seu art. 51 que cria o rol de *apertus clausus* (posição da doutrina majoritária), apesar de haver entendimento de que se trata de rol taxativo, ou seja, *números clausus*¹⁰⁶.

É preciso lembrar que o CDC, adotando a teoria da base objetiva do negócio jurídico de Karl Larenz, que admite de forma explícita a revisão contratual ou a resolução (sem investigação de fato imprevisível ou extraordinária) por simples onerosidade excessiva¹⁰⁷.

O CDC, como compreende (Neto, 2011), ainda com relação à restrição da autonomia privada, veda a onerosidade excessiva da cláusula penal, dispondo que as multas por mora decorrentes do inadimplemento de obrigação não poderão superar dois por cento do valor da prestação. Tem entendido a jurisprudência que se trata de norma de ordem pública, impondo que a liberdade contratual não pode contrariar a respeitável previsão¹⁰⁸.

Pode-se observar que o Código Civil estabelece diversas formas de intervenção à liberdade contratual, dando possibilidade ao controle justo do teor do negócio consumerista, instituindo, também, a proteção fazendo relação às normas que regulam à publicidade e à oferta (arts. 30 a 38 do CDC)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

¹⁰⁶ LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a função jurídica contemporânea*. Revista Âmbito Jurídico, 27 fev.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 04 mar. 2016.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Ainda urge destacar que a autonomia privada é restringida pela função social do contrato, ou seja, indica qual o fim desempenha o contrato perante o meio que o cerca, assim como sua utilidade com relação aos demais indivíduos da sociedade. E, além disso, há a exigência da observância do princípio da boa-fé objetiva no decorrer de toda constituição do contrato, ou seja, na formação, na execução e, até mesmo após esta¹¹⁰.

Antonio Neto Rulli ¹¹¹compreende que o princípio da autonomia privada está baseado na ampla liberdade contratual, no poder que as partes têm de disciplinarem seus propósitos, através do acordo de vontades, suscitando efeitos protegidos pela ordem jurídica. Os contratantes possuem a capacidade de celebrar ou não os contratos, sem a interferência estatal.

3.2 Vulnerabilidade

Ao se analisar o que está disposto no art. 4º, inc. I, do CDC é verificado o evidente intuito do legislador em colocar o consumidor, em todos os casos, como vulnerável na relação consumerista. Não há possibilidade de se afastar tal posição desfavorável, conforme a realidade da sociedade consumerista, ainda mais se forem consideradas as revoluções pelos quais as relações jurídicas e comerciais passaram nas últimas décadas¹¹².

Com relação a esse princípio, Paulo Valério Dal Pai Moraes prevê que:

“Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação”.

A vulnerabilidade não é, pois, a base das normas de amparo do sujeito mais fraco, é tão-somente a ‘justificativa’ destas regras ou dos atos do legislador, é a procedimento para aplicá-las bem, é o conhecimento que orienta e aclara a

¹¹⁰ AMARAL, Francisco. 2000. *Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 103.

¹¹¹ RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: 2014. Método.

aplicação destas regras protetivas e reequilibradoras, buscando do embasamento da igualdade e da justiça equitativa¹¹³.

Entende, por esta via, (Moraes, 2009), que tal princípio pelo qual o no sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade ou condição dos indivíduos mais frágeis na relação consumerista, ante a possibilidade de que seja ofendido ou prejudicado, na sua integridade física ou psíquica, bem como na esfera econômica, por parte do contratante mais forte da mesma relação.

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e da massificação dos contratos, nota-se uma diferença na discussão e aplicação das normas comerciais, o que justifica a presunção da vulnerabilidade, conhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou iure et de iure, não admitindo declinação ou prova em contrário, em nenhuma hipótese.¹¹⁴

Como consagra Flávio Tartuce¹¹⁵, a definição de vulnerabilidade é diferente da de hipossuficiência, visto que todo consumidor é considerado sempre vulnerável, atributo intrínseco à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, porém, não é sempre que será hipossuficiente.

Para se adotar a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição de consumidor, enquadramento que depende da análise dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990, para daí decorrerem todos os benefícios legislativos, na melhor concepção do Código Consumerista. Deve-se deixar claro que entender que a situação da pessoa natural ou jurídica poderá influir na vulnerabilidade é confundir o princípio da vulnerabilidade com o da hipossuficiência¹¹⁶.

Nessa linha, corrobora Paulo Roque Khouri¹¹⁷ que CDC é resultado do reconhecimento da inferioridade do consumidor com relação ao fornecedor, conduzida pelo dirigismo contratual. Nessa linha, o intuito previsto no art. 4º, I, quando dispõe que a “Política Nacional das Relações de Consumo” (caput) se

¹¹³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: 2014. Método. p. 31.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: 2014. Método. p. 32.

¹¹⁵ Ibidem. p. 33.

¹¹⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224

¹¹⁷ Ibidem.

fundamenta no “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I)”.

Consagra, ainda, Nelson Nery Júnior¹¹⁸, que o que o CDC faz, juntamente com o Estado, é efetivar o princípio constitucional da igualdade:

“Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais e, na exata medida de suas desigualdades [...] o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isque esta é característica definida e individual de alguns consumidores, considerados de forma particular, aquela é genérica, abrangente e envolve todos os consumidores de modo indistinto”.

Dentro de tais análises, há de se verificar, também, as espécies de vulnerabilidade, senão vejamos:

a) Vulnerabilidade Técnica:

Inicialmente, compreende (Moraes, 2009 p. 141) que essa espécie de vulnerabilidade ocorre no momento em que o consumidor não possui conhecimentos sobre os meios empregados para produzir produtos ou para realizar serviços, muito menos sobre seus efeitos colaterais, o que o faz alvo fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve confiar na boa-fé do fornecedor¹¹⁹.

Dentro disso, entende Cláudia Lima Marques¹²⁰ que esse modelo de vulnerabilidade acontece quando “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade”.

A vulnerabilidade técnica pode ocorrer por várias razões, sendo que os principais são: a falta de informação, informações prestadas de forma incorreta e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, tendo esta, muitas vezes, o caráter de impedir que o consumidor note quais são aquelas que realmente interessam¹²¹.

¹¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 1995, São Paulo.

¹¹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141.

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 105.

¹²¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

Paulo Valério Dal Pai Moraes¹²² ainda afirma que se pode elencar cinco fontes causadoras da vulnerabilidade técnica, sendo elas: os produtos ou serviços naturalmente perigosos, previstos a partir do art. 8º do CDC; os com defeitos, elencados no CDC a partir do art. 12 e seguintes; os com vícios, dispostos nos arts. 18 e seguintes; aqueles oferecidos por meio de práticas comerciais abusivas, abordadas a partir do art. 30 do CDC; e os contratos, que são apresentados no art. 46 do mesmo Código.

Assim, observa José Reinaldo de Lima Lopes¹²³ que o consumidor médio não tem possibilidade de analisar o que está comprando. Sendo assim, nas situações em que há defeitos no produto, deverá este recorrer a quem possua noção específica com relação àquele produto, em grau equiparado ao do fabricante.

b) Vulnerabilidade Jurídica

Esta acontece quando surge algum problema decorrente da relação de consumo, acarretando a necessidade de adoção de medida por parte do consumidor, com a intenção de resolvê-lo, seja perante o fornecedor, com a ajuda de advogados, ou nos órgãos de defesa do consumidor¹²⁴.

Desse modo, observa Paulo Valério Dal Pai Moraes¹²⁵ que a vulnerabilidade jurídica ocorre na fase extrajudicial, pré-processual, como na fase judicial.

Nesse sentido, ainda entende o nobre autor¹²⁶ que:

“A vulnerabilidade jurídica em algum aspecto talvez possa se equiparar à hipossuficiência, pois, [...], todo hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente. Ou seja, em sendo a hipossuficiência um conceito processual, que indica a possibilidade ou não de serem custeados os ônus decorrentes do processo, poderão existir situações em que o consumidor possuirá tal possibilidade, não terá insuficiência em relação a este aspecto, mas, mesmo assim, ainda continuará vulnerável, com possibilidades de ser ofendido, melindrado, ferido pela atuação mais forte e intensa do fornecedor”.

¹²² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

¹²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992, p. 49.

¹²⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

¹²⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

¹²⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

c) Vulnerabilidade econômica e social

Consagra Paulo Valério Dal Pai Moraes¹²⁷ que esta decorre diretamente da disparidade de forças existente entre consumidores e agentes econômicos, sendo que estes possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, através do uso de meios técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir.

A vulnerabilidade econômica passou a ficar mais evidente na época da economia liberal do século XIX, quando esta passa de um modelo livre de concorrência para a fixação de oligopólios e monopólios que, deveras fortalecidos, fizeram intensificar a grande fragilidade do consumidor na relação consumerista¹²⁸.

O CDC, dentro disso, prevê como regra a responsabilidade objetiva, com o intuito de frear esta vulnerabilidade, por meio do mecanismo econômico da internalização dos custos e socialização dos prejuízos¹²⁹.

Em termos sociais, observa, ainda, Paulo Valério Dal Pai Moraes, que ao consumidor, de modo geral, é dificultada a obtenção de saúde, muitas vezes causada pelos próprios agentes econômicos, que lançam produtos ou serviços inadequados e impróprios para o consumo¹³⁰.

Assim, o consumidor se torna economicamente e socialmente vulnerável, pois está subordinado às imposições econômicas e políticas dos mais fortes, sofrendo de forma direta com os efeitos de qualquer medida que interfira na circulação da moeda e, principalmente, do crédito¹³¹.

A vulnerabilidade seria, portanto, a ideia de direito material, ao passo que hipossuficiência se envolve com o direito processual. Tanto é que a hipossuficiência é de ordem processual, no momento em que o CDC, em seu art. 6º, VII, dispõe sobre inversão do ônus da prova como prerrogativa conferida ao consumidor, determina que realizada prova de tal hipossuficiência, ou seja, a declaração de que,

¹²⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

¹²⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

¹²⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Código de Defesa do Consumidor – O princípio da Vulnerabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 176.

¹³⁰ Ibidem, p 180.

¹³¹ Ibidem.

no caso concreto, o consumidor não possui recursos econômicos ou até culturais de fazer a prova indispensável à instrução do processo¹³².

3.3 Boa-fé objetiva

A Constituição de 88, com relação à defesa do consumidor, visa não só tutelar o contratante débil, mas também procura proteger a ordem econômica no Estado social de Direito, baseado na livre-concorrência e na defesa dos direitos do consumidor, como também outros princípios. São acolhidos como princípios fundamentais da república brasileira a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico, conforme arts. 1º, IV, e 3º, II¹³³.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor¹³⁴ resume as noções de seu sistema protecional nos itens do art. 4º, dentre quais se destaca o de n. III, in verbis:

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

Nota-se, assim, que não é só uma proteção ilimitada a que o CDC coloca à disposição dos consumidores, mas sim aquela que aperfeiçoa sua vulnerabilidade sem danificar o desenvolvimento econômico do Estado, imprescindível ao bem-estar e ao avanço social de toda a comunidade¹³⁵.

Assim, a lei que tutela os direitos do consumidor não pode se desvincular do contexto instituído pela Constituição para proteger a livre-iniciativa, a propriedade privada e a livre-concorrência. Nisso, preceitua Paulo Roque Khouri¹³⁶:

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

¹³² KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor*. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2013. Atlas.

¹³³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2013, p. 323-324.

¹³⁴ BRASIL, *Lei nº LEI 8.078*, DE 11 de setembro de 1990. Institui o código de defesa do consumidor

¹³⁵ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor*. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2013. Atlas.

¹³⁶ Ibidem.

A determinação de que moralmente os contratos de consumo devem respeitar o princípio da boa-fé objetiva, apesar de que se utilize com maior constância para proteger o contratante vulnerável, não pode ser observada como regra desenvolvida tão somente para regular os atos do fornecedor¹³⁷.

Compreende Humberto Theodoro Júnior¹³⁸, também, que deve a eticidade, desse modo, ser absoluta e incondicional, acarretando obrigações e deveres para ambos os contratantes e acordo com a melhor doutrina, nas relações consumerista, o princípio da boa-fé objetiva age como estrada de mão dupla no liame que une fornecedor e consumidor, impedindo que a tutela conferida pelo microsistema do CDC sirva de proteção para consumidores que, agindo de modo contrário ao princípio da boa-fé objetiva, procurem a reparação de prejuízos para cuja produção tiveram decisiva participação.

No plano ético, é inconcebível que uma proteção legal instituída para evitar o desequilíbrio de um dos contratantes contra o outro se transforme em idoneidade da parte protegida aos deveres na esfera moral. Nessa linha, o que é considerado ato imoral para o fornecedor, deve ser considerado também para o consumidor, visto que ambos possuem a mesma obrigação com a boa-fé no âmbito contratual. Isso vale tanto para as relações consumeristas, como também para os contratos comuns, subordinados ao Código Civil¹³⁹.

Na contemporânea ideia de função do contrato, adotada pelo CDC, a boa-fé assume essência diferente da clássica. Ao invés de se fixar no plano subjetivo da concepção do consentimento, ela se move para o plano objetivo do equilíbrio entre as prestações e contraprestações. Não desapareceu a boa-fé subjetiva, que continua amparando a teoria dos vícios de consentimento. O que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base econômico-jurídica do contrato, a ser feito, em nome da equidade, a partir da análise das cláusulas contratuais negociadas¹⁴⁰.

Tal compreensão objetiva da boa-fé se extrai do atual regime da sociedade consumerista e das contratações em massa, nas quais as condições dos contratos são por si produto de regras unilaterais estabelecidas pela parte contratante que possui domínio do negócio. Há predominância das conhecidas “condições gerais”, e

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

os contratos são, em regra, “de adesão”, sem possibilidade da natural e prévia análise de condições entre os contratantes¹⁴¹.

Afirma Humberto Teodoro Júnior que “a boa-fé objetiva não é outra coisa senão o velho princípio da lealdade contratual com nova roupagem”¹⁴². Dessa forma, compreende-se que a boa-fé, como princípio comportamental do contrato objetivo não aceita condutas que decepcionem a exigência de atuar de forma leal e correta, visto que, desse modo, fere a função social que lhe é incumbida. Assim, para a boa-fé objetiva é direcionada a função de agir como limite à prática dos direitos subjetivos.

Os contratantes, além de serem dois indivíduos isolados, são vistos como elementos de um meio social que é protegido juridicamente. Diferentemente do que acontece com a boa-fé subjetiva (conectada unicamente a interesses particulares), o atual tratamento da boa-fé objetiva faz com que o chamamento da retidão, lealdade e, principalmente, dos interesses gerais surja baseado nas “expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional”¹⁴³.

Sobre boa-fé, assevera Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁴ que:

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

O CDC admite a revisão do contrato por conter o negócio, de forma objetiva, estipulação contrária ao que se acordaria normalmente num pacto justo e equilibrado, de acordo com a percepção mediana do meio social em que o contrato se fixou.

Preceitua Paulo Roque Khouri¹⁴⁵ que ao positivar o princípio da boa-fé, o CDC impõe a todos os partícipes das relações de consumo deveres éticos de

¹⁴¹ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor*. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo: 2013. Atlas.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Ibidem.

conduta. A boa-fé como princípio vai trazer sempre consigo padrões de honestidade, lealdade e transparência. São esses padrões que se exigem nas relações obrigacionais de consumo, independentemente da existência da cláusula expressa nesse sentido.

Nesse sentido, vê-se que a boa-fé é uma norma de validade que serve de arquétipo de atitude leal, apropriada, e proba tanto na constituição quanto na realização de alguma relação. Dessa forma, a boa-fé, sendo regra comportamental, gera a obrigação de indenizar, caso seja violada, visto que estabelece, em concreto, um fator de determinação dos efeitos de uma relação obrigacional¹⁴⁶.

O princípio da boa-fé é aparelho de suma importância para o operador do direito na interpretação do contrato, bem como para os próprios integrantes da relação de consumo. Dessa forma, a boa-fé exerce não apenas a função integrativa, mas também uma função corretiva de estipulações contratuais, em que “sua violação traduz um incumprimento contratual, com a correlativa responsabilidade”¹⁴⁷.

Pondera Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁸ que a boa-fé como princípio contratual não é essencialmente subjetiva, mas, principalmente, objetiva, sendo um modelo de atuação imposto de modo objetivo pelo legislador, exigindo que os contratantes sejam fiéis a ele. Boa-fé subjetiva é entendida como um estado de ânimo dos contratantes no instante em que se formula o contrato; ela possui importância, até no momento em que será definido o real intuito das partes ao contratarem.

No entendimento de Paulo Valério Dal Pai Moraes¹⁴⁹, a boa-fé objetiva significa a necessidade de que as condutas sociais estejam em conformidade aos padrões corretos de procedimento que não levem a qualquer consequência danosa para o sujeito, não sendo observada a existência de culpa ou dolo, visto que o relevante no enfoque do tema é a total ausência de meios, condutas comissivas ou omissivas que possam modificar a justa e correta manifestação de vontade dos

¹⁴⁵ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: 2013. Atlas.

¹⁴⁶ KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: 2013. Atlas.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁴⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224

indivíduos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram efeitos decorrentes de uma relação de consumo.

Nesse sentido, corrobora o supradito autor¹⁵⁰ que na análise desse assunto, o contrato não pode mais ser aceito como uma manifestação isolada do viés social, em que duas partes realizam um negócio jurídico de que possuem disponibilidade plena.

Assim, o art. 112 do CC dispõe como componente de suma importância na interpretação dos contratos, prevendo: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”¹⁵¹. O desrespeito à boa-fé subjetiva permite, ainda, que seja anulado o ato jurídico quando houver de vício de consentimento.

Apesar de não ter abdicado da boa-fé subjetiva na contratação, o CDC estabelece a boa-fé objetiva como princípio fundamental das relações de consumo. Desse modo, o contratante estará indo contra a boa-fé, independentemente se no momento da formação do contrato não teve a intenção ou a vontade de lesar o outro, uma vez que este ânimo de prejudicar ou não a outra parte contratante faz parte da boa-fé subjetiva, que não estão coligadas, e independem uma da outra¹⁵².

O contrato será considerado afrontoso, objetivamente, à boa-fé ao se manifestar flagrantemente desequilibrado, com concessão de benefícios econômicos exagerados para o fornecedor, bem como quando se manifestar completamente desigual em um confronto entre os restringidos direitos atribuídos ao consumidor e os seus demasiados deveres e, por fim, quando frustrar as legítimas expectativas criadas nas relações de consumo. Ao passo que o fornecedor, por favorecer-se do contrato de adesão, que é por ele pré-elaborado, praticamente se autoconcede direitos além dos básicos. Essa boa-fé objetiva deve existir não só na formação das cláusulas do contrato, mas também da fase que antecede à pactuação do contrato; da mera mensagem publicitária, que não pode ser enganosa, à proposta, de acordo com o impõe o art. 30 do CDC¹⁵³.

¹⁵⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.(p. 224)

¹⁵¹ BRASIL, *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro.

¹⁵² KHOURI, Paulo Roque. 2013. *Direito do Consumidor*. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. São Paulo : Atlas, 2013.

¹⁵³ Ibidem.

3.4 Função Social do Contrato

Esse princípio busca analisar o contrato através do meio social que o envolve, tendo eficácia não só para os contratantes, mas para toda a sociedade¹⁵⁴.

Assim, função social não pode, de forma alguma, afastar o seu teor econômico, devendo haver conciliação dos interesses dos contratantes e os da sociedade.

A função social ainda é exercida pelo contrato consumerista nos efeitos que gera na sociedade, naquilo que vai além da relação credor e devedor, se refletindo na esfera social como um todo. É fato que a lei consumerista tutela o sentido ético das relações entre consumidor e fornecedor, todavia não é propriamente nesse âmbito se desenvolve realmente a função social, e sim no expurgo do mercado de costumes inconvenientes que podem inviabilizar o crescimento econômico de forma harmônica e saudável, fazendo com que se torne um meio de arrogância e superioridade¹⁵⁵.

A função social do contrato, todavia, não deixou de lado a cláusula pacta sunt servanda (princípio da obrigatoriedade da convenção), pois aquilo a que os negociantes avençaram deve ser cumprido, isso por se tratar também de função social do contrato, visto que interessa à sociedade que haja cumprimento dos pactos e que tal cumprimento acarrete a confiança do adimplemento dos contratos de forma genérica. Também é uma das vertentes da função social a continuidade dos contratos, porque a coletividade quer a continuidade e a segurança do negócio jurídico¹⁵⁶.

O CC de 2002¹⁵⁷ instituiu um novo modelo jurídico, a função social do contrato, prevendo que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁸ conceitua a função social:

“existe função social quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem,

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2014, Método.

¹⁵⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Direito Administrativo*.

necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde. Quem os titularia maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio”.

Dessa forma, a função social está voltada para a realização de interesses alheios, com interesses sociais, tendo o Estado o dever-poder de realizar a defesa do consumidor.

Embora a função social do contrato não esteja expressa no CDC, a doutrina compreende que o supradito Código é uma Lei de Função Social, sendo uma ordem pública econômica.

Não só o CDC, mas também o princípio da Defesa do Consumidor desempenham uma função social. Dessa forma, tanto a função social da lei de consumo, quanto a função social dos contratos são consequências do princípio constitucional de defesa do consumidor, que também desempenha sua função social¹⁵⁹.

É dever do Estado atender certos fins em benefício do interesse de outrem, neste caso, dos consumidores. Para isso, terá de mover poderes para provê-las, sendo que esses poderes são meios para alcançar os supraditos fins. O Estado, assim, terá de dirigir “deveres-poderes”, no interesse consumerista, visto que esse é a razão para a essência da função social da defesa do consumidor¹⁶⁰.

Nesse sentido, o art. 170, caput, Constituição Federal¹⁶¹, possui um autoridade no sentido de que a ordem econômica tem por escopo garantir, a todos, vida digna, de acordo com os pareceres da justiça social, o que confirma a existência de uma função social da defesa do consumidor. Tal previsão constitucional, no entanto, não pode ser interpretada separadamente, visto que a função social da defesa do consumidor se explica também ante à existência do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), que é um dos alicerces da República Federativa do Brasil, e pela construção de uma sociedade

¹⁵⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁶⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2010

¹⁶¹ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

equitativa e solidária (CF, art. 3º, inciso I)¹⁶², sendo um dos fins básicos da República Federativa do Brasil¹⁶³.

Assevera Adolfo Mamoru Nishyama¹⁶⁴ que devido a esse princípio, os contratantes nem sempre poderão regulamentar livremente sua vontade, visto que representa elemento de restrição do teor do contrato e da própria autonomia privada.

Nesse sentido, preceitua Wagner Mota Alves de Sousa¹⁶⁵:

A função social não tem o escopo de criar obstáculos à autonomia privada. O fim a que se destina é conformar o exercício da liberdade individual aos preceitos de ética e da solidariedade social. O contrato deve ser socialmente útil, cumprindo a finalidade a que se destina (o adimplemento) sem prejudicar a contraparte, terceiros e a coletividade.

Compreende-se, assim, que a liberdade contratual fica sujeita à ordem pública, sendo vedada a sua violação, e aos bons costumes, estando a vontade das partes submissa ao interesse coletivo e função social dos contratos que condiciona ao acolhimento do bem comum e dos fins sociais.

¹⁶² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁶³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁶⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁶⁵ ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. *Tutela externa do crédito*. p 76-77. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65-86.

4. ANÁLISE DO INSTITUTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E SEUS PROBLEMAS

4.1 A tutela jurídica do consumidor no ordenamento brasileiro

Com o desenvolvimento da economia, e, conseqüentemente, o aumento no consumo, foi necessário instituir uma lei que tutelasse o consumidor, visto que ele é a parte vulnerável da relação¹⁶⁶. Assim, criou-se o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), que foi instituído essencialmente para proteger os consumidores e tutelar o vínculo consumerista de forma ampla.

Essa proteção tem base na economia capitalista liberal, observado o desequilíbrio de forças entre os consumidores e fornecedores de bens e serviços¹⁶⁷. O legislador ordinário, ao criar a supradita lei¹⁶⁸, teve o intuito, também, de limitar a autonomia privada e impedir que ocorressem abusos dos agentes econômicos para com os consumidores¹⁶⁹.

Como não existia possibilidade de colocar o consumidor em pé de igualdade com o fornecedor, tendo em vista a disparidade entre ambos, a legislação tratou de cuidar dos direitos consumeristas. Além de se preocupar com a integridade econômica do consumidor, o legislador também se atentou à integridade físico-psíquica deste tutelado, uma vez que o consumidor é frágil no mercado¹⁷⁰.

Nesse sentido, dispõe Antônio Herman V. Benjamin¹⁷¹:

Quando falamos em *contratos no Código de Defesa do Consumidor* estamos, efetivamente, cuidando de contratos de consumo. E quando estudamos os contratos de consumo ou sobre eles legislamos assim o fazemos em razão de algo que poderíamos

¹⁶⁶ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta. *Revisão dos contratos por superendividamento*. Revista JusBrasil. Ano: 2014. Disponível em: <<http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=feafb280b99f47d2>. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹⁶⁸ BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em 26 de jun. 2016.

¹⁶⁹ ALVES ASSUMPÇÃO, Alexandre Ferreira de; MENEZES DA SILVA, Priscilla. *Superendividamento e seus efeitos sociais e econômicos para o consumidor e o empresário: a necessidade premente de uma tutela jurídica específica para o problema*. Ano: 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=feafb280b99f47d2>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹⁷⁰ Dispõe Rizzato Nunes que: "Haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos pólos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços." (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* - 2008, p. 71).

¹⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman V., p. 9. Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois, EUA, um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor e Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

denominar de *vulnerabilidade contratual do consumidor*. É esse fenômeno jurídico – mas também econômico e social – que leva o legislador a buscar formas de proteger o consumidor.

No Brasil, a legislação¹⁷² determina desígnios de transparência e de boa-fé nas relações consumeristas (art. 4º, caput, e inc. III, do CDC). O Consumidor é detentor do direito subjetivo à informação real e precisa, com relação aos produtos e serviços (art. 6º, III, CDC) e, principalmente, à informação no que diz respeito às condições dos contratos que abarcam a cessão de crédito ou permissão de financiamento (art. 52, CDC)¹⁷³.

O art. 52 do CDC, além de exigir os deveres de informação com relação ao credor, certifica direitos exclusivos ao consumidor nos contratos atinentes ao crédito de consumo. Com o intuito de erradicar os excessos e as sanções contratuais desproporcionais, a legislação determina um valor máximo para a cláusula penal moratória¹⁷⁴.

O CDC, com o subsídio de outras leis já existentes no nosso ordenamento jurídico, pode ser empregado como meio para equilibrar as relações entre fornecedor e consumidor, sendo um mecanismo de justiça social muito importante¹⁷⁵.

Porém, muitas vezes o consumidor não consegue administrar seus gastos e acaba adquirindo uma dívida bastante superior à sua renda. Este fato, incluído com as taxas de juros altas cobradas pelas instituições financeiras, leva ao superendividamento do consumidor¹⁷⁶.

¹⁷² BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em 26 de jun. 2016

¹⁷³ COSTA, Geraldo Faria Martins da. *Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁷⁴ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; NEVES, Vítor; FRADE, Catarina. LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. *O endividamento dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 2000.

¹⁷⁵ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta. *Revisão dos contratos por superendividamento*. Revista JusBrasil. Ano: 2014. Disponível em: <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

¹⁷⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Gidelzo Fontes de. *O atual fenômeno jurídico brasileiro do superendividamento*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13641&revista_caderno=10>. Acesso em: 30 de jul. 2016.

Nesse sentido, a doutrina¹⁷⁷ compreende que o Código de Defesa do Consumidor é incapaz de deliberar sobre o fenômeno do superendividamento das pessoas físicas por si só, sendo necessária a instituição de outros instrumentos jurídicos para resolver tal fenômeno.

4.1.1 Aplicação do CDC ao superendividamento

O Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁸ prevê sobre o descumprimento do contrato por causas adversas. O art. 6º do supracitado código, em seu inciso V, dispõe sobre a modificação de cláusulas contratuais que demonstram desproporcionalidade do fornecedor para com o credor, ou aquelas condições que tornem o cumprimento da obrigação extremamente oneroso, no caso de fenômenos imprevisíveis.

O art. 51 do CDC, por sua vez, ao dispor sobre casos que dão azo a nulidades de cláusulas contratuais, demonstra que deve ser separada o excesso de desvantagem com relação ao consumidor, fixando como exagero as situações que se demonstrem extremamente onerosas¹⁷⁹.

O presente trabalho levanta a discussão sobre as situações em que o comprometimento exacerbado do orçamento do consumidor é utilizado como meio para se justificar o descumprimento do contrato. Sobre esse assunto, o Código de Defesa do Consumidor ainda não possui tratamento próprio¹⁸⁰.

Dentro disso, analisando as regras de revisão dos contratos consumeristas elencadas no Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicadas ao fenômeno superendividamento, existem algumas notas a serem abalizadas¹⁸¹.

De início, essa legislação determina, em regra, que as cláusulas eivadas de desproporcionalidade podem ser submetidas à revisão. Tal embasamento tem como

¹⁷⁸BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em 26 de jun. 2016.

¹⁷⁹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Ibidem.

fulcro a garantia de equilíbrio no contrato, levando em conta a presunção de vulnerabilidade do consumidor com relação às disposições negociais. O superendividamento do consumidor não dá garantia – plena e de direito – à alteração das cláusulas, uma vez que essa disposição pode ocorrer por circunstâncias alheias ao contrato¹⁸².

Nesse sentido, o superendividamento do consumidor não pode, sempre, ser dado como justificativa para a alteração do negócio jurídico se este tiver sido avençado com base na boa-fé, demonstrado que a informação foi exibida clara e adequadamente, e que não possui cláusulas abusivas¹⁸³.

Com relação à revisão de cláusulas supervenientes que transformem o cumprimento da obrigação excessivamente oneroso, a determinação do superendividamento é possível. Todavia, o pedido não pode ser baseado somente na condição ruim do consumidor. O fenômeno do superendividamento em si não fera o crescimento extremado do cumprimento obrigação. Essa superveniência diz respeito a casos que levem a uma onerosidade excessiva o cumprimento da obrigação, fazendo com que esta se torne desproporcional e necessitando de revisão¹⁸⁴.

Nesse sentido, ao final da década de noventa, houve um fenômeno bastante repercutido no país, qual seja: os pleitos revisionais massificados dos contratos de financiamento que fixaram padrão de reajuste ao dólar. A valorização do dólar cresceu expressivamente, ante a política governamental com relação à liberação das taxas de câmbio, e a desvalorização da moeda nacional, modificaram demasiadamente as possibilidades dos consumidores adimplirem suas dívidas. Foi reconhecida a onerosidade excessiva e deu previsão para que pudessem ser revisadas as cláusulas retirando o seu excesso. Vale salientar que as decisões se fundamentaram no encargo excessivo que foi imposto consumidor, sendo desnecessária a observância da possibilidade ou não da sua ocorrência¹⁸⁵.

¹⁸² CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

Com relação ao superendividamento do consumidor, há certo desequilíbrio que provavelmente irá comprometer as chances de pagamento das prestações no modo em que foram avençadas no momento da celebração do contrato. Não existe fato que mude o valor das prestações; elas sempre foram previstas naquelas formas, assim como as sanções impostas no caso de incumprimento da obrigação¹⁸⁶.

Desse modo, as cláusulas que permitem que os contratos consumeristas sejam revisados, com base no desequilíbrio das parcelas e situações supervenientes que tornem tais cláusulas onerosas não possuem eficiência para tratar de forma específica do fenômeno do superendividamento¹⁸⁷.

No que se refere à validade das cláusulas, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre a nulidade das cláusulas que tragam prejuízo ao consumidor, tornando inviável o adimplemento das prestações, em decorrência do excesso de onerosidade¹⁸⁸.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé é orientador basilar da relação consumerista, assim deve ser afastada a desvantagem para com um contratante em favor do outro. Com relação à condição do consumidor superendividado, deve-se considerar que a desvantagem contratual pode ser um fator determinante para acarretar a insolvência do consumidor, porém, não é sempre que o fenômeno de comprometimento da renda do consumidor deriva do desequilíbrio das cláusulas contratuais¹⁸⁹.

Desse modo, o superendividamento não pode se tornar uma via para declarar uma cláusula nula quando o contrato prevê condições de execução com observância da boa-fé e sendo todas as informações apresentadas de forma clara e precisa.

4.2 Aspectos do superendividamento: conceito e abrangência

O superendividamento pressupõe o endividamento acima do normal daquele possível de ser suportado pelo rendimento mensal dos consumidores. Cláudia Lima

¹⁸⁶ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibidem.

Marques¹⁹⁰ conceitua como superendividado todo aquele devedor-pessoa física, leigo e de boa-fé que se vê impossibilitado de adimplir com suas dívidas de consumo e a necessidade de o direito dispor alguma saída, parcelamento ou prazo de graça, resultado do dever de cooperação e lealdade para impedir a “morte civil” deste “falido”-leigo ou “falido”-civil¹⁹¹.

A autora ainda corrobora:

Efetivamente, o endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e de serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia do endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes, como o Brasil¹⁹².

Nesse sentido, compreende-se que a democratização do crédito o transforma num instrumento de ingresso ao mercado de consumo de bens e serviços, levando consumidores a se tornarem dependentes de um endividamento que supera a possibilidade de pagamento, principalmente nas classes mais pobres, gerando o que a doutrina consumerista denomina de superendividamento¹⁹³.

O superendividamento é um problema que acontece somente com as pessoas físicas, nos casos de pessoas jurídicas a designação adequada é estado de falência, uma vez que há uma legislação própria para tendo em vista que existe uma lei própria dedicada ao tratamento das empresas, qual seja, a lei de recuperação judicial e falência (Lei nº 11.101/05)¹⁹⁴.

¹⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1236, 2006.

¹⁹³ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. p. 223 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

¹⁹⁴ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta de. *Revisão dos Contratos de Crédito por superendividamento*, <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento-2014>, Acesso em 20 de ago. 2016.

André P. Schmidt Neto¹⁹⁵, nessa linha, conceitua como superendividado o consumidor que possui o passivo maior que o ativo, ou seja, o indivíduo contrai dívidas de forma superior ao que o seu orçamento lhe permite. Dessa forma, os débitos comprometem no todo ou em grande parte o seu rendimento, além da manutenção digna do devedor e de sua família; situação essa que carece de apoio para recuperação e reconstrução de sua vida financeira e econômica.

Tal problema diz respeito às situações em que o indivíduo se vê impossibilitado, ainda que temporariamente, de realizar o pagamento de seus débitos. O consumidor também é definido como superendividado quando mantém seus o pagamento de suas dívidas, todavia, com enormes dificuldades¹⁹⁶.

Abaliza André Perin Schmidt Neto que no Observatório do Endividamento dos Consumidores da Universidade de Coimbra divide o problema do superendividamento em: a) superendividamento subjetivo, quando o devedor se vê incapaz de honrar com os seus compromissos financeiros, sem colocar comprometer a manutenção de sua família; b) superendividamento objetivo e quantitativo, no que diz respeito aos endividados em que o nível de empenho excede um grau crítico e c) superendividamento administrativo, no que se refere aos consumidores que não adimplem suas dívidas, sendo em seguida registrados de forma oficial, ou conduzidos à ciência do judiciário¹⁹⁷.

Por conseguinte, Slater Dan assevera:

O consumo é sempre e em todo lugar um processo cultural, mas 'cultura do consumo' é singular e específica: é o modo dominante de reprodução cultural desenvolvido no Ocidente durante a modernidade. A cultura do consumo é, em aspectos importantes, a cultura do Ocidente moderno – crucial, certamente, para a prática significativa da vida cotidiana no mundo moderno; e, num sentido mais genérico, está ligada a valores práticos e instituições fundamentais que definem a modernidade ocidental, como a opção, o individualismo e as relações de mercado¹⁹⁸.

O problema do suprendividamento decorre, também, de uma alta publicidade que aumentou de forma considerável o caráter de bens classificados de

¹⁹⁵ SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184. 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/36/34>. p. 170. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ DON, Slater. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, p. 12, 2002.

necessidade precípua e que se tornaram imprescindíveis à manutenção do consumidor. A situação instaurada é reflexo de uma publicidade intensa que ampliou, consideravelmente, a natureza dos bens considerados de primeira necessidade e que passaram a ser indispensáveis à subsistência do consumidor.

4.2.1 O superendividamento sob uma breve perspectiva histórica

Inicialmente, o endividamento nasce como um dos motivos de descumprimento da obrigação. Dentro disso, a onerosidade excessiva de um indivíduo a partir da falta de controle de seus gastos sempre foi visto pela sociedade como algo reprovável.

A partir de uma observação histórica, é fácil compreender que o endividamento não é um fato recente. Em Roma, antes e durante a vigência da Lei de XII Tábuas¹⁹⁹, o crédito era conferido ao devedor e a sua garantia incidia sobre o próprio sujeito. Essa garantia era fornecida pelo meio de operações de venda a prazo ou pelo denominado “empréstimo de interesse”, em que o montante disponibilizado era usado para atender as necessidades imediatas daquele que o recebia. É desta base que se origina o empréstimo de consumo²⁰⁰.

O descumprimento do contrato era causa de humilhação, fato que se estendia à família do inadimplente, cujo qual era privado de sua liberdade e de seus bens. O devedor possuía um prazo para quitar a dívida e era exposto de forma vergonhosa para que todos tivessem conhecimento de que se tratava de um indivíduo que não honrava com os seus compromissos. Subsistindo a dívida, era retirado do devedor os seus direitos civis e o credor passava a ter direitos sobre sua vida, tendo a opção de vendê-lo como escravo ou fazendo com que ele fosse submetido a pena de morte²⁰¹.

Nesse sentido, corrobora Wagner Mota Alves de Souza²⁰²:

¹⁹⁹ 450 a.c.

²⁰⁰ BATELLO, Silvio Javier. *A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva*. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords). *Direito do Consumidor superendividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

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

²⁰² ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. *Tutela externa do crédito*. p 68 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. 65-86 f.

Antes de chegar a esta etapa de desenvolvimento da noção de obrigação prevalecia a ideia de *nexum*. Naquele contexto histórico, descumprido o dever de prestar caberia ao sujeito ativo da relação jurídica exercer sua prerrogativa creditória que tinha como alvo a pessoa do inadimplente, ou seja, a execução do crédito era pessoal e por ela respondia o corpo do devedor em mora. Assim, a lesão ao crédito até o século IV a.C. no Direito Romano, poderia reduzir o inadimplente à condição de escravo, por meio da *actio per manus iniectioem*, ou levá-lo à morte no caso de concurso de credores.

Esse modo repressivo da pena foi alterado. A *Lex Poetelia Papiria*²⁰³ (século IV, a.C.) instituiu que a garantia do cumprimento da obrigação deveria recair sobre o patrimônio da pessoa, e não mais sobre a pessoa em si. Assim, de caráter repressivo a garantia para que fosse cumprida a obrigação passou a ter caráter patrimonial. A execução pessoal de segurança do crédito, apesar da crueldade, não garantia a satisfação do cumprimento da obrigação, visto que se não houvesse meios para pagar o débito, a pena era a escravidão ou morte²⁰⁴.

Nessa mesma linha, corrobora Fabrice Rizzo²⁰⁵:

A história do inadimplemento é tão antiga como a história do crédito. Primeiro a própria vida do devedor e mais tarde a sua liberdade constituíam a garantia do credor. A grande mudança ocorreu quando de uma relação entre pessoas se passou a uma relação entre patrimônios e os bens do devedor se tornaram a única garantia do credor.

Como o débito deixa de ser garantido pelo corpo e passa a ser garantido pelo patrimônio, as formas de tutela creditória se expandem, uma vez que o credor passará a contar com terceiros reforçando o pagamento da dívida ou substituindo o devedor na relação originária, a exemplo disso temos a fiança, a assunção da dívida, cessão de crédito e novação subjetiva²⁰⁶.

Analisando as tutelas externas do crédito, têm-se como base os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato que têm como fundamento a proteção do vínculo obrigacional de intervenções impróprias perpetradas por indivíduos alheios a ela²⁰⁷.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ RIZZO, Fabrice. Le traitement juridique de l'endettement. Université de Droit, D'Économie et Des Sciences D'Aix-Marseille, Institut de Droit et des Affaires, 1996, p.15

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ RIZZO, Fabrice. Le traitement juridique de l'endettement. Université de Droit, D'Économie et Des Sciences D'Aix-Marseille, Institut de Droit et des Affaires, 1996.

O superendividamento foi começar a existir com maior frequência a partir de 1995, devido à oferta de crédito, visto que antes o conceito de superendividamento não era tão comentado e as pessoas não adquiriam tantas dívidas em massa como ocorre nos dias atuais²⁰⁸. Antes do Plano Real, o consumidor tinha certa dificuldade em conseguir crédito no mercado financeiro, por causa, principalmente, dos altos processos inflacionários, poucos cidadãos com a carteira de trabalho assinada, alta taxa de desemprego etc. Sendo o acesso ao crédito mais limitado, o número de pessoas que conseguiam financiamento era menor, e, assim, o índice de endividamento era mais setorizado. O Código de Defesa do Consumidor foi aprovado poucos anos antes de o plano real conseguir dar estabilidade à economia brasileira.

O intuito do Plano Real foi basicamente fazer com que os indivíduos consumissem mais, para acarretar mais emprego e dar melhoramento à economia. Assim, muitos brasileiros conseguiram aumentar seus rendimentos e começaram a ingressar no mercado de trabalho. Como houve esse aumento, mais de 40 milhões de cidadãos brasileiros entraram no mercado consumerista, gerando um maior número de endividados²⁰⁹.

4.2.2 Superendividamento ativo e passivo

A doutrina majoritária adota dois modos de superendividamento: o ativo e o passivo. Tal classificação leva em consideração a responsabilidade que o consumidor possui com relação ao endividamento, tendo em vista que até os indivíduos vulneráveis têm o mínimo de conhecimento acerca das consequências negativas do consumo em excesso²¹⁰.

Dentro dessas análises, superendividamento pode ser ativo, se o devedor colabora diretamente para o acúmulo de dívidas, ou seja, não organizando as obrigações pactuadas e gerando um conjunto exagerado de créditos no que tange

²⁰⁸ CASTRO, Augusto; VILAR, Isabela. *Aprovadas normas de proteção ao consumidor e combate ao superendividamento*. Publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/aprovado-projeto-que-altera-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-combate-o-superendividamento>. Acesso em: 08 ago. 2016.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta de. *Revisão dos Contratos de Crédito por superendividamento*, <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento-2014>, Acesso em 20 de ago 2016.

aos frutos efetivos e almeçados; ou pode ser passivo, quando o consumidor se vê endividado por fatos supervenientes à sua vontade, como, por exemplo, desemprego, divórcio, diminuição de salário no emprego, acidente etc., que prejudicam diretamente a disponibilidade de reembolso do devedor, e desse modo, ele fica impossibilitado de quitar suas dívidas²¹¹.

Assim, quando o consumidor, espontaneamente, abusa do crédito e o utiliza de forma excessiva, extrapolando as possibilidades do seu orçamento, existe o superendividamento ativo. No caso do superendividamento passivo, a causa não é o abuso do crédito ou a má gestão orçamentária, mas um "acidente da vida" (desemprego, redução de salários, enfermidades crônicas, divórcio, acidentes, mortes etc.), o consumidor não contribui diretamente para o inadimplemento global de suas dívidas²¹².

Faz-se mister salientar que o consumidor sempre deve agir com boa-fé, seja no superendividamento ativo, seja no passivo, estando passível de ser responsabilizado pelos abusos que eventualmente praticar, caso haja de má-fé²¹³.

Nesta linha, a legislação somente tutelar o indivíduo que agir com boa-fé, tendo em vista o escopo de alcançar a plena. Não é sempre que o fornecedor do produto ou do serviço é o culpado pelos prejuízos sofridos pelo consumidor. Em certas situações, o consumidor concorre para a ocorrência do prejuízo²¹⁴.

O endividamento só se transforma num problema no momento em que advém incumprimento, se tornando mais grave o caso quando a renda do agregado familiar não suporta mais suas obrigações financeiras, ou seja, quando há superendividamento²¹⁵.

²¹¹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.

²¹² Ibidem.

²¹³ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta de. *Revisão dos Contratos de Crédito por superendividamento*, <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento-2014>, Acesso em 20 de ago 2016.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.

Martins da Costa²¹⁶ corrobora que no direito francês a diferença entre superendividamento ativo e passivo surgiu a partir da jurisprudência, compreendendo que superendividamento passivo é resultado de uma redução fortuita das rendas do devedor, atrelada de eventos imprevisíveis na época em que os débitos foram contratados: desemprego, acidente, divórcio, óbito do cônjuge ou concubino etc. O superendividamento ativo, por sua vez, decorre de um acúmulo de dívidas cujo total é excessivo, com base na renda do devedor.

Por conseguinte, existe o superendividamento ativo consciente e o inconsciente. O endividamento consciente é aquele em que o indivíduo adquire dívidas com a intenção de não quitá-las, isto é, faz compromissos eivados de má-fé, com a noção de que o credor não tem possibilidade de reclamar seu crédito²¹⁷.

O superendividamento ativo inconsciente, por sua vez, está atrelado à falta de controle e organização de gastos dos indivíduos, que acarreta ao acúmulo de compromissos e, conseqüentemente, de débitos. Nesse caso, o devedor se obriga de boa-fé, ou seja, tem intenção de quitar suas dívidas, mas acaba perdendo o controle dos seus débitos, por falta de organização ou por baixa nos seus rendimentos, o que leva ao excesso de dívidas²¹⁸.

Assim, o consumidor superendividado – ativo e passivo – precisa de tratamento. Ante os obstáculos da economia do endividamento, o direito deve organizar técnicas de tutela do superendividamento em todos os âmbitos.

4.2.3 Crédito ao consumo e seus problemas

Inicialmente, os contratos de crédito são praticamente iguais aos contratos comuns com relação à validade, porém, naquele, deve ser observado quem está autorizado para ser contratante, além de ser regido por várias leis esparsas, instituídas, normalmente, pelo Banco Central do Brasil (BACEN)²¹⁹.

²¹⁶ MARTINS DA COSTA, Geraldo Faria. *Superendividamento*. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²¹⁷ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta de. *Revisão dos Contratos de Crédito por superendividamento*, <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento-2014>, Acesso em 20 de ago 2016.

O crédito é importante ao passo em que oferece ao consumidor uma quantia que não lhe pertence, mas que será paga futuramente, concorrendo, assim, para melhoria da sua qualidade de vida e de sua família²²⁰.

A concepção de que quem recorre ao crédito o faz quase sempre para satisfazer desejos supérfluos, obedecendo ao princípio do prazer imediato, está muito atrelada à expansão do crédito ao consumo, mas não corresponde à realidade na maioria das situações. Inicialmente, o crédito ao consumo esteve durante muito tempo vinculado à aquisição de equipamento doméstico para o conforto básico das famílias. Depois, ao passo que foi englobado outro tipo de despesas mais difusas, tornou-se um puro instrumento de antecipação de rendimentos²²¹.

O crédito ao consumo massificado confere a chance de adquirir a posse ou a propriedade de um bem ou usufruir da prestação de serviço, sem dispor imediatamente de sua renda para tanto. Este efeito do crédito é hedonista, porém, efêmero, visto que proporciona ao consumidor a satisfação instantânea de obter aquele bem ou serviço. Há, contudo, outro efeito do crédito mais camuflado, qual seja, o desejo que as pessoas têm de transferir a terceiros a gestão e o controle dos seus orçamentos²²².

Maria Manuel Leitão conceituando contrato de crédito dispõe:

É aquele por meio do qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de deferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante²²³.

Os fatores econômicos determinantes do crescimento acentuado do crédito ao consumo têm, essencialmente, a ver com a diminuição da poupança, com a formação de expectativas favoráveis quanto à evolução futura dos rendimentos das famílias²²⁴.

A procura de crédito também é motivada pelos estilos de vida e valores privilegiados pelos consumidores, além de outras variáveis²²⁵.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²²² Ibidem.

²²³ Ibidem, p. 23

²²⁴ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²²⁵ Ibidem.

O crédito, primeiramente, passou a ser banalizado, não tinha mais aquela visão negativa de que só era usado por pessoas pobres, principalmente nas grandes metrópoles urbanas. A intensa publicidade e sistemática das instituições financeiras para a conquista de novos clientes (folhetos publicados pelos bancos, anúncios, linhas telefônicas de atendimento, internet) dá azo a essa banalização, para que os consumidores utilizem mais crédito e com mais constância para a obtenção de bens cada vez mais variados. Ademais, o crédito passou a ter um sentido social, que excede os benefícios materiais do poder de compra adicional e da realização das necessidades de consumo²²⁶.

Na sociedade contemporânea, o crédito de consumo confere status, visto que ser adulto significa ter e usar crédito, uma mensagem, muitas vezes, transmitida em campanhas publicitárias que tentam captar mais jovens para utilizar o crédito, e promove o disfarce dos estratos sociais, ao consentir que o sujeito adote por um estilo de vida superior à classe que pertence²²⁷.

O crédito assumiu importante papel na atual sociedade de consumo, de sorte que a sua ausência pode impossibilitar o indivíduo de honrar os seus compromissos básicos do dia a dia, vez que muitas pessoas se endividam para pagar despesas mensais correntes. Dessa forma, o endividamento gerado pela expansão e concessão irresponsável de crédito é fenômeno inerente às sociedades de massa. O crédito e o endividamento dos consumidores, portanto, devem ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo²²⁸.

Nesse sentido, compreende Marília de Ávila e Silva Sampaio²²⁹:

Na medida em que se baseia na noção de culpa subjetiva contratual o procedimento da insolvência civil se apresenta inadequado ao tratamento do superendividamento de boa-fé. Cláudia Lima Marques²³⁰ alerta para o fato de que a expansão do crédito ao

²²⁶ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²²⁷ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²²⁸ AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. O superendividamento do consumidor / <https://jus.com.br/artigos/17597/o-superendividamento-do-consumidor/2>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

²²⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. p. 224 In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

²³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

consumo, sem uma legislação forte que acompanhasse esta massificação a não ser o CDC e o princípio da boa-fé gerou uma crise de solvência e confiança no país, merecendo uma regulamentação capaz de dar respostas a essa nova demanda da sociedade contemporânea.

Mais um fator que o superendividamento gera é a diminuição na estabilidade dos casamentos e o crescimento no número de divórcios. Trata-se de uma consequência que pode ter resultados negativos não tanto na busca pelo crédito, mas sim no adimplemento das prestações delas derivadas²³¹.

Outra característica que leva ao incumprimento das obrigações e até ao superendividamento é o crescimento da sensação de insegurança, tanto no sentido profissional como alimentar. Aquele é acarretado pela instabilidade no mercado de trabalho, ou por um modo diverso de organizar o mercado de trabalho²³².

Dentro disso, ao lado da oferta de crédito, a liberalização do mercado financeiro e as modificações profundas analisadas no sistema bancário geraram as condições para o intenso aumento do crédito ao consumo, influenciado pela grande quebra nas taxas de juro, pelo baixo índice de endividamento das famílias e pela imposição feita pelas campanhas publicitárias para a concessão de créditos. Outros fatores determinantes para o crescimento de endividados foram a intensificação da concorrência no mercado do crédito bancário, consequência da desregulamentação financeira, e a perda do valor do crédito para as empresas, que acarretaram apostas feitas pelos bancos num mercado com um alto potencial de desenvolvimento, como é o mercado do crédito ao consumo²³³.

Nesse sentido, a modificação de paradigmas culturais, atrelada à diminuição das taxas de juros, a ampliação do rendimento e à contenção de desemprego facilitaram a possibilidade das famílias de responderem de forma positiva à oferta de crédito para os mais variados modos de obtenções.

4.2.4 Do incumprimento ao superendividamento

Para analisar a extensão do problema do superendividamento a possibilidade da sua ocorrência é de suma importância saber como se disseminam os indivíduos

²³¹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²³² Ibidem.

²³³ Ibidem.

endividados pelos diversos grupos de risco. Com isso, é possível caracterizar os modelos de endividamento ou grupos devedores de maior ou menor risco, tanto de incumprimento, como de superendividamento²³⁴.

O modelo de endividamento imobiliário, aquele cujas famílias têm somente um crédito para habitação corretamente enquadrado em seus planos de renda, é considerado o de menor risco²³⁵.

É válido salientar, ainda, que o superendividamento é um fato global, visto que alcança a maioria das sociedades de consumo, e alcança tanto consumidores da classe média, principalmente após a ascensão da modalidade de crédito consignado, como das classes mais pobres, tanto trabalhadores como aposentados²³⁶.

De qualquer modo, o tratamento normativo designado ao superendividamento na França compreende que o inadimplemento do consumidor de crédito é um problema social, que extrapola a fronteira dos interesses particulares e, assim, interessa à sociedade²³⁷.

Obviamente, o pedido de revisão do contrato pelo superendividamento precisará ter por objeto a todas as dívidas do consumidor, e não somente um ou outro débito preciso²³⁸.

Sobre este aspecto, pondera Brunno Pandori Giancoli²³⁹:

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

O fenômeno concursal garante aos fornecedores um tratamento paritário de seus créditos e a coibição da má-fé presumida do superendividado. Todavia, é válido lembrar que a paridade no tratamento não impede a classificação dos créditos, da mesma forma que é feita na falência e recuperação de crédito do

²³⁴ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. *O superendividamento do consumidor*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17597/o-superendividamento-do-consumidor/2> acesso em 08 set. de 2016.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. *O superendividamento do consumidor* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17597/o-superendividamento-do-consumidor/2>. Acesso em: 08 set. de 2016.

²³⁹ GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 110.

empresário. Porém, a falta de diploma que discipline a matéria do superendividamento no Brasil impede a sua classificação nas ações revisionais em geral, cabendo ao juiz a aplicação referencial dos dispositivos da lei 11.101/05 na hipótese de superendividamento²⁴⁰.

4.3 Reflexos do superendividamento na atividade empresarial

A empresa explora uma atividade econômica através da organização de bens e pessoas, porém, não se limita aos interesses do empresário; direta ou indiretamente, todos os envolvidos com a execução e os reflexos da atividade empresarial possuem certo tipo de interesse para que esta seja preservada. Isso se dá não só pela necessidade de preservação da atividade empresarial jurídica e economicamente factível, mas também porque a crise é intrínseca à livre iniciativa à atividade, e aquele, pessoa física ou jurídica, que se utiliza da livre iniciativa avoca os riscos de uma crise econômico-financeira²⁴¹.

O vínculo consumerista é bilateral e recíproco, ou seja, não surge uma obrigação para fornecedor de bens e serviços sem uma contraprestação do consumidor. O CDC tem a boa-fé e o equilíbrio entre as partes, como princípios basilares da relação de consumo, uma vez que eles tendem a manter a conformidade da relação. Tanto consumidores quanto os fornecedores exercem suma importância no âmbito econômico, sendo que a sua tutela é dirigida para suprir as necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico do país²⁴².

A atividade empresarial tem como escopo a circulação de bens e serviços, com visando o lucro. O consumidor influencia diretamente no mercado econômico, sendo que os processos produtivos funcionam conforme a demandas. Embora se propague que os consumidores se sujeitam às condições dos fornecedores, são as

²⁴⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, p. 161, 2008.

²⁴¹ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 14

²⁴² CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

preferências dos consumidores que garantirão a continuação da atividade no mercado²⁴³.

O instituto do superendividamento, mesmo não sendo causa direta para a crise da empresa, a perda de mercado e o inadimplemento do consumidor superendividado são riscos que, juntamente com outras causas, internas ou externas, de interesse econômico do empresário, podendo levar a empresa à crise ou falência, e, dessa forma, transportar consigo diversos campos econômicos da sociedade²⁴⁴.

Os atuais modelos comportamentais da sociedade provam que o consumo é irrestrito. Os brasileiros consomem de forma exacerbada, celebram compromissos que comprometem sua renda, e conseqüentemente, a adimplemento do débito. A conseqüência disso foi o grande número de inadimplentes e, de forma mais grave, o superendividamento²⁴⁵.

Esse grande número de inadimplência acaba por afetar enormemente a atividade empresarial, que mesmo sendo a titular do poder econômico, e isso faz com que as empresas reduzam os negócios. Esse fato também acarretou o aumento das taxas de juros, prejudicando os consumidores que adimplem seus débitos, pagando mais caro para adquirir produtos e serviços devido à inadimplência em massa dos consumidores²⁴⁶.

A maior causa do superendividamento é a falta de planejamento do consumidor, que adquire uma dívida em cima da outra, comprometendo sua renda e não tendo possibilidade de que cumprir com suas obrigações, trazendo prejuízos ao fornecedor, colocando em risco a finalidade que possui: o lucro. É necessário proteger o consumidor, mas isso não pode afetar a atividade empresarial quando

²⁴³ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁴⁴ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

esta obedece todos os princípios regidos pelo Código de Defesa do Consumidor; não devendo esquecer a importância do fornecedor na relação consumerista, visto que ele tem um papel imprescindível na economia, sendo que gera empregos, paga tributos e gera riquezas²⁴⁷.

O princípio da boa fé, que é essencial para a relação de consumo, constitui um liame de confiança entre fornecedor e consumidor. As partes, no momento em que é celebrado o contrato, passam a se vincular por meio de obrigações recíprocas. O fornecedor deve cumprir sua parte da obrigação, mas também tem direito de exigir que o consumidor também cumpra sua parte²⁴⁸.

Quando o consumidor não adimpla suas dívidas, o fornecedor possui meios para o cumprimento forçado da obrigação, como, por exemplo, multas e juros que incidem sobre o débito, pode haver também protesto do título de crédito, inserir o nome do inadimplente no cadastro de proteção ao crédito e também executá-lo pela via judicial²⁴⁹.

O superendividamento é uma reação em cadeia. Além de prejudicar o consumidor superendividado, comprometendo seus rendimentos, afeta a obtenção de lucros de uma empresa, atrapalhando a sua atividade, visto que sua finalidade é exatamente o lucro e também enfraquece a economia, comprometendo a capacidade do fornecedor de cumprir com suas obrigações. Ao passo que o superendividamento compromete a renda e a subsistência de um devedor-consumidor e de sua família, também lesiona a estabilidade da economia, com o descumprimento de obrigações trabalhistas, tributárias e ações de responsabilidade social²⁵⁰.

O fornecedor que celebra o contrato sem se atentar à capacidade de pagamento do consumidor e à suas reais possibilidades de cumprir com o compromisso, não respeita a boa-fé deve ser responsabilizado por tal ato. No

²⁴⁷ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁵⁰ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

mesmo sentido, se o consumidor age de má-fé ao concluir um negócio, este não deve ser amparado pela lei e ser protegido pelas vias judiciais que o Estado oferece aos consumidores superendividado de boa-fé²⁵¹.

Com relação ao superendividamento do consumidor de boa-fé, é necessário um dispositivo na lei para tutelar este fenômeno, criar mecanismos administrativos e judiciais que garantam o cumprimento da obrigação, como ocorre na França e nos Estados Unidos, porém, não se pode ferir os direitos do fornecedor que agiu com observância dos princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor e que cumpriu com sua parte do negócio²⁵².

As renegociações são imprescindíveis, pois dão oportunidade para que o fornecedor consiga recuperar, mesmo que parcialmente, os prejuízos causados pela inadimplência do consumidor. Nesse sentido, poderão ser adotadas medidas para diminuir o impacto do não cumprimento da obrigação por parte do consumidor, como, por exemplo, revisão dos contratos, sendo oferecidas condições mais vantajosas ao consumidor, baseada nos princípios da função social dos contratos e na boa-fé das partes²⁵³.

Fazendo uma análise da posição do fornecedor nos casos de superendividamento do consumidor, compreende-se que aquele nada se beneficia quando o este se superendivida, visto que o seu intuito de lucro se estagna ali, mesmo com a imposição de juros moratórios, o fornecedor não irá conseguir repor os prejuízos que sofreu. A maior intenção do fornecedor é a continuidade do processo para obter lucro, e o superendividamento atrapalha esta atividade²⁵⁴. Assim, o superendividamento algo negativo tanto para o consumidor quanto para o fornecedor de bens e serviços.

Nesse contexto, compreende Henrique Suhadolnik Silveira²⁵⁵:

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁵⁵ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em:

Pretende-se, portanto, a verificação da preocupação social com a garantia desta viabilidade econômica e jurídica da empresa, ligada diretamente ao interesse do Estado na manutenção da ordem econômica e do desenvolvimento socioeconômico, tendo em vista tanto a inerência da atividade empresarial diante do contexto capitalista, quanto o impacto da mesma no contexto social – daí a defesa de uma tutela equilibrada de empresas e consumidores sobreendividados, com uma visão voltada também à importância da empresa no contexto socioeconômico, e não só à necessidade de tratamento do superendividamento com base apenas no próprio consumidor.

O fornecedor concede crédito com o intuito de que o consumidor cumpra com sua parcela da obrigação, pois fixar condições excessivas onerosamente, praticamente impossíveis de serem adimplidas acarreta um dano desnecessário para o fornecedor. No caso de o fornecedor agir sem observância da boa-fé, do dever de informação e tentando causar prejuízos ao consumidor, ele deve ser responsabilizado e deve haver revisão das cláusulas do contrato em benefício do consumidor que foi prejudicado²⁵⁶.

Não se pode desconsiderar a vulnerabilidade do consumidor com relação ao fornecedor de bens e serviços, e, por isso, aquele deve ser protegido de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer pela falta do dever de informação que é incumbida ao fornecedor, e pela ausência de boa-fé deste ao celebrar o contrato. Porém, o fornecedor que age com probidade não pode arcar sozinho com os danos causados pelo superendividamento daquele consumidor que não se atentou ao seu poder real de consumo quando avençou o negócio²⁵⁷.

Desse modo, faz-se importante ressaltar o que compreende Eros Roberto Grau²⁵⁸:

Infelizmente nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem sobre o negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o

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

p. 17

²⁵⁶ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁵⁷ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

²⁵⁸ GRAU, Eros. *Um novo paradigma dos contratos?* In: Revista Trimestral de Direito Civil, v.5m nota 2, p. 73-74, jan.-mar. 2001.

pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições.

Ao passo que a atualização do Código de Defesa do Consumidor pretende proteger o direito daquele consumidor superendividado, também deve buscar tutelar o direito do fornecedor, que é passível de ser afetado. Não é correto que o consumidor receba condições extraordinárias em prejuízo do fornecedor. É necessário, assim, que haja uma maior discussão no PLS 283/2012 para que proteja tanto os interesses do consumidor quanto do fornecedor de boa-fé²⁵⁹.

Nesse sentido, deve se analisar também a autonomia privada dos contratos e a força deste no cumprimento das obrigações, visto que o contrato não pode vir a ser alterado pela falta de dever de observância do poder de cumprir com a sua parcela do contrato. Os princípios que regem os contratos acabam por ser mitigados no direito do consumidor, porém, não podem ser totalmente esquecidos, devendo ter certa obediência destes quando celebrado um contrato de consumo.

Dessa forma, nota-se que o superendividamento não traz prejuízos apenas para o devedor e de sua família, visto reflete negativamente também na economia como um todo. É por esse motivo que há a necessidade de fixar medidas para impedir o superendividamento assim como é imprescindível uma política tratamento do superendividado.

Além disso, é necessário observar o princípio da autonomia privada dos contratos, onde há a liberdade de se contratar no modo em que desejarem e com quem desejarem e este princípio não pode ser desobedecido apenas para favorecer uma das partes.

4.4 A proposta do anteprojeto de reforma do CDC no Brasil

O Brasil ainda não possui norma ou dispositivo de lei para tratar sobre o superendividamento, porém, há uma discussão sobre a tramitação do Projeto de Lei

²⁵⁹ CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.

nº 283/2012, buscando incluir certas medidas no Código de Defesa do Consumidor²⁶⁰.

Em dezembro de 2010, foi nomeada a comissão incumbida de desenvolver o anteprojeto de reforma do CDC, comissão esta composta pelo Ministro Herman Benjamin, do STJ, Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques, relatora geral do anteprojeto, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁶¹.

O intuito é que o Estado brasileiro não fuja da responsabilidade diante do instituto do superendividamento, tratando dele como uma forma de descontrole econômico individual, o que já é um grande passo do direito ante tal fenômeno²⁶².

A instituição deste projeto tem como escopo dar ao consumidor superendividado alternativas e meios de adimplemento de seus débitos de forma produtiva, favorecendo-o com uma política social que dá prioridade à dignidade da pessoa humana e os demais princípios a ela vinculados²⁶³.

A PLS 283/2012 regulamentará sobre créditos ao consumidor e sobre como prevenir o superendividamento. Tal proposta advém das atividades da comissão de juristas que propôs sugestões para a modernização e atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que está em vigência desde 1990²⁶⁴.

O projeto conceitua como superendividamento o “comprometimento de mais de 30% da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto das dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a

²⁶⁰ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁶¹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

²⁶² SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 74.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo”²⁶⁵.

Tal proposta tem como base os princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor, e do princípio da dignidade humana. Dispõe sobre a realização da conciliação entre devedor e fornecedor-credor, conforme preceitua o art. 104-A do Projeto de Lei. Prevê alterações no Código de Defesa do Consumidor para aprimorar a matéria do crédito e deliberar sobre a prevenção do superendividamento²⁶⁶.

Uma das principais propostas para a reforma do Código do Consumidor e para a criação de uma legislação especial para os casos de superendividamento é o chamado “formalismo informativo”, que é definido como uma espécie de técnica utilizada para regular contratos de crédito de modo encontrar o equilíbrio entre as partes (consumidor e fornecedor), sendo que o fornecedor está em situação mais favorável que o consumidor, visto que este é vulnerável no direito do consumidor²⁶⁷.

²⁶⁵ CASTRO, Augusto; VILAR, Isabela. *Aprovadas normas de proteção ao consumidor e combate ao superendividamento*. Publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/aprovado-projeto-que-altera-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-combate-o-superendividamento>. Acesso em: 08 ago. 2016.

²⁶⁶ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁶⁷ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Nesse sentido, corrobora Marília de Ávila e Silva Sampaio²⁶⁸:

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

Com relação à publicidade nas relações consumeristas, a comissão propôs a complementação do art. 36 do CDC, com a intenção de dar mais segurança para o consumidor no momento da celebração do contrato de crédito, adicionando de um §2º ao atual artigo, para estabelecer que, além das informações que já são obrigatórias, “a publicidade de crédito ao consumidor deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total e a soma total a pagar, com e sem financiamento”²⁶⁹.

Sobre o assunto, é interessante salientar que a redação da proposta, caso aprovada, revoga o enunciado da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, o qual estabeleceu que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade das cláusulas”. A supradita súmula entra em conflito com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.591, a qual deu reconhecimento para que o CDC se aplicasse às instituições bancárias²⁷⁰.

²⁶⁸ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. p 228. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

²⁶⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. p 229. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-232.

²⁷⁰ *Ibidem*.

O que se propõe, em síntese, é a possibilidade reinserção do consumidor superendividado na economia e no mercado, sempre com base nos princípios da dignidade humana, para que seja assegurado a ele o mínimo de uma vida digna²⁷¹.

Compreende Henrique Suhadolnik Silveira²⁷²:

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

Todavia, como corroborado acima, o legislador parece restringir a eficácia da norma aos interesses e necessidades do devedor consumidor, o que não se afigura ideal²⁷³, visto que se deveria sopesar os interesses do fornecedor e do consumidor conjuntamente.

4.4 Posicionamento jurisdicional

Após essas considerações, faz-se mister observar o que compreende a jurisprudência sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E CRÉDITO EM CONTA - COAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - SAQUE DE LETRA DE CâMBIO- INERÊNCIA AO NEGÓCIO FINANCEIRO- LICITUDE - INADIMPLENTO- PROTESTO SEM ACEITE- VALIDADE- EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO- DEVER DE INDENIZAR- NÃO CONFIGURAÇÃO - PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - RECURSO PROVIDO. - A teor do art. 14, do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos

²⁷¹ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁷² Ibidem, p. 68.

²⁷³ SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

relativos à prestação dos serviços. - As instituições financeiras, embora apresentem facilidades para concessão de empréstimos, não podem ser responsabilizadas pelo "superendividamento" do consumidor. - Nos termos do art. 333, I do CPC, cabe ao autor a comprovação do fato constitutivo de seu direito. - Se as partes contratantes são capazes e se as condições contratuais foram livremente pactuadas e aceitas segundo autonomia de vontades, não cabe a pretensão da autora de atribuir à financeira ré a sua condição de inadimplente. - É válido o saque de letra de câmbio por instituição financeira com base em contrato de empréstimo/financiamento celebrado entre ela e o sacado, tal como inerente ao título, mormente quando não se nega o inadimplemento da dívida contratual expressa no título. - É desnecessário o aceite na letra de câmbio a ser levada ao protesto se há prova de sua origem e da dívida nela informada. - O protesto de título representativo de dívida inadimplida é exercício regular de direito do credor, que afasta sua responsabilidade civil de indenizar o devedor por eventuais danos causados pela anotação. - A fixação de honorários advocatícios a cargo da parte sucumbente é questão de ordem pública e obrigatoriedade, conforme art. 20 do CPC. - Recurso provido. (TJ-MG - AC: 10384090820869001 MG, Relator: Márcia De Paoli Balbino, Data de Julgamento: 25/04/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/05/2013)²⁷⁴

Tal jurisprudência prevê que não é justo que o fornecedor de bens e serviços se responsabilize pelo superendividamento do consumidor se aquele obedeceu todos os princípios que regem o direito do consumidor tanto na celebração do contrato quanto no cumprimento deste.

Assim, tendo como base o princípio da autonomia da vontade e da autonomia privada nos contratos, ao celebrar um negócio, as partes pactuam conforme as suas vontades, e, dessa forma, caso sejam respeitadas a boa-fé objetiva e a função do contrato, não há porque este ser revisado pelo superendividamento do consumidor, visto que isso traz prejuízos ao fornecedor, ainda mais quando feito de forma corriqueira.

²⁷⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação. Publicado em: 14 de maio de 2013. <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115401405/apelacao-civel-ac-10384090820869001-mg> Acesso em: 08 set. 2016.

5 CONCLUSÃO

As consequências da sociedade de consumo acabam por trazer prejuízos não só para o consumidor inadimplente, mas também para o fornecedor de bens e serviços, gerando, também, repercussão econômica e social.

O presente trabalho teve como escopo a compreensão do problema que assola e afeta a sociedade de consumo, qual seja: o superendividamento. Dentro desse aspecto, buscou-se analisar a raiz do fenômeno e a época em que ele começou a ter maior incidência.

Nesse sentido, ainda discutiu-se sobre a autonomia privada dos contratos, como princípio basilar da celebração dos negócios e o cumprimento das obrigações, onde as pessoas são livres para contratarem o que desejarem, sendo que essa autonomia sofre certa interferência estatal para coibir o desequilíbrio entre as partes e evitar que o possível desequilíbrio afete a sociedade e a economia.

Os princípios basilares da mitigação da autonomia privada dos contratos são: princípio da boa-fé objetiva, função social do contrato e a dignidade humana, além de se atentar à vulnerabilidade quando um dos contraentes é consumidor.

Foi corroborado também sobre o Projeto de Lei nº 283/2012 em trâmite no Senado Federal que tem a intenção de modificar o Código de Defesa do Consumidor para inserir alguns dispositivos que trate sobre o superendividamento do consumidor. Esse projeto tem como intuito a proteção do consumidor superendividado e propostas de como retirar este consumidor de tal situação, através de medidas como a conciliação, a revisão do contrato, entre outros.

Todavia, esta proposta somente leva em consideração o prejuízo que o superendividamento causa ao consumidor, sendo este seduzido por vontades de compra momentâneas para ter *status* na sociedade, esquecendo-se de como este fato pode afetar também o fornecedor de bens e serviços em sua atividade empresarial, sendo que a sua finalidade de lucro acaba por sofrer prejuízos.

Dentre as análises realizadas, observou-se os reflexos que o superendividamento do consumidor pode gerar para a atividade empresarial. Nesse sentido, o fornecedor de bens e serviços que age com observância dos princípios fundamentais do direito do consumidor, além das imposições dispostas no Código

de Defesa do Consumidor, como o dever de informação, a publicidade correta e o respeito à vulnerabilidade do consumidor, não se pode permitir que aquele entre em crise ou seja afetado pela inadimplência exacerbada do consumidor que não teve o cuidado de organizar sua renda para pagar seus débitos.

Assim, sendo a atividade empresarial uma das fundamentais fontes da economia, ela merece certa tutela, devendo os contratos serem respeitados em sua máxima, com relação aquele consumidor-devedor que não teve cautela e acabou consumindo de forma descontrolada produtos supérfluos.

Referências:

- ALVES DE SOUZA, Wagner Mota. *Tutela externa do crédito*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BENJAMIN, Antônio Herman V., p. 9. Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois, EUA, um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor e Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.
- BRASIL, *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Declara instituído o Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 maio 2016.
- BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Acesso em 26 de jun. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº283/2012 - Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/get_PDF.asp?t=111516&tp=1. Acesso em 05 ago. 2016
- BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação. Publicado e: 14 de maio de 2013. <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115401405/apelacao-civel-ac-10384090820869001-mg> Acesso em: 08 set. 2016.
- CALDEIRA E CASTRO, Kelle Grace Mendes. *O superendividamento do consumidor e seus reflexos na atividade empresarial*. 2014. 81 f. Dissertação (Pós-graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2014.
- CASTRO, Augusto; VILAR, Isabela. *Aprovadas normas de proteção ao consumidor e combate ao superendividamento*. Publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/aprovado-projeto-que-altera-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-combate-o-superendividamento>. Acesso em: 08 ago. 2016.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DON, Slater. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, p. 12, 2002.
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Contratos: Eficácia e relatividade nas coligações contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FIUZA, César; Coutinho, Sérgio Mendes Botrel. *A intervenção do estado e a autonomia da vontade*. Acesso em: 20 jul. 2016.

- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2 ed. p. 162, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GOMES, Orlando. *Direito civil: Teoria geral dos contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- KHOURI, Paulo Roque. 2013. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo : Atlas, 2013.
- LARENZ, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm. 1994. *Lehrbuch des Schuldrecht*. Munique: C. H. : Beck, 1994.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; NEVES, Vítor; FRADE, Catarina. LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. *O endividamento dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual do direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992.
- MAMEDE, Gladston. 2010. *Direito Empresarial Brasileiro - Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo : Atlas, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MORAES, Heberon. *Negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Publicado em: 11 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.saladedireito.com.br/2011/01/negocio-juridico-nulidade-e.html>>. Acesso: 17 ago. 2016.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. 2009. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson. 1995. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NISHYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: Contratos Teoria Geral*, São Paulo: Saraiva, 2012.

- PAOLI, Leonardo Felipe Pimenta de. *Revisão dos Contratos de Crédito por superendividamento*, <http://leonardopaoli.jusbrasil.com.br/artigos/139974591/revisao-dos-contratos-de-credito-por-superendividamento-2014>, Acesso em 20 de ago. 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2014. *Instituições de direito Civil - Teoria das Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. 1979. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- RATTI, Fernanda Cadavid. *Autonomia da vontade ou autonomia privada?* Revista Jus Navigandi, 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 23 jun. 2016.
- ROPPO, Enzo. 2009. *O Contrato*. Coimbra : Almedina, 2009.
- RULLI NETO, Antonio. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC*. p 228. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. 219-232 f.
- SANTOS, Antônio Jeová. 2004. *Função Social do Contrato*. São Paulo : Método, 2004.
- SILVA, Rodney Malveira da. 2011. *Hermenêutica Contratual*. São Paulo : Atlas, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos contratos*. São Paulo: Atlas, 1997.
- SILVEIRA, Henrique Suhadolnik. *A preservação da empresa diante da tutela do consumidor superendividado*. 2014. 136 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu*) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/128153/000849314.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- TARTUCE, Flávio. 2007. *Função social dos contratos*. São Paulo : Renovar, 2007.
- TARTUCE, Flávio; Amorim, Daniel. 2014. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo : Método, 2014.
- THEORODO JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do CDC e os princípios gerais do Direito Civil e do Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. 1996. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo : ATLAS S.A., 1996.