

Superendividamento e Consumo Responsável de Crédito

Marília de Ávila e Silva Sampaio



ESCOLA DE
FORMAÇÃO JUDICIÁRIA

TJDFT

Marília de Ávila e Silva Sampaio

SUPERENDIVIDAMENTO
E CONSUMO RESPONSÁVEL
DE CRÉDITO



S192s

Sampaio, Marília de Ávila e Silva.

Superendividamento e consumo responsável de crédito [recurso eletrônico] / Marília de Ávila e Silva Sampaio. – Ebook. – Brasília : TJDFT, 2018.

115 p.

ISBN : 9788560464203

1. Crédito. 2. Poder Judiciário. I. Título.

CDU 347.735



ESCOLA DE FORMAÇÃO
JUDICIÁRIA

TJDFT

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Direção-Geral

Des. George Lopes Leite

Coordenadoria de Cursos

Juíza Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Secretaria da Escola de Formação Judiciária

Arlete Garcia Rodrigues

APOIO

Primeira Vice-Presidência

Desembargadora Sandra De Santis Mendes Farias Melo

Secretaria de Jurisprudência e Biblioteca

Guilherme de Sousa Juliano

COLABORAÇÃO

Subsecretaria de Biblioteca

Sheyla Teixeira Lino

Subsecretaria de Pesquisa, Planejamento e Inovação

Célia Regina Vasconcelos Soares Alves

Serviço de Múltiplos Meios

Helen Barbosa

Serviço de Processamento Bibliográfico

Olímpio Antônio Filho

André Luiz de Araújo Bertúlio

Projeto Gráfico e Diagramação

Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CODIG

Produção Digital

André Gonçalves Florencio

Capa

Cláudio Roberto de Souza

Conselho Editorial

Des. James Eduardo da Cruz de Moraes Oliveira

Juíza Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes

Juiz Hector Valverde Santanna





Antes de tudo, registrar gratidão ao Alfa e Ômega, Princípio e Fim de todas as coisas e razão maior de nossa existência é dever de todos nós.

Agradeço a Roberto, Bruno e Jéssica, Guilherme, Tatiana, Viviane, Pedro e, agora, ao Antônio, minha família mais amada, por todo amor e compreensão em todos os meus projetos e por dar sentido à minha existência, renovando a cada dia a alegria da convivência.

Agradeço aos meus pais, Paulo e Marilda, e aos meus irmãos, pois os voos da vida não seriam possíveis sem uma base sólida, que não se constrói sem uma família que forneça a necessária segurança.

Agradeço aos colegas Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, Hector Valverde Santana, James Eduardo Oliveira e Geilza Cavalcante Diniz, todos Magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pela ajuda, incentivo e apoio.

Agradeço a toda a equipe do 6º Juizado Especial Cível de Brasília, na pessoa de Vanderluci de Assis Vanderlinde, pois sem o apoio desta dedicada equipe não seria possível realizar as pesquisas que redundaram neste texto.

Por fim, agradecer ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em especial à Escola de Administração Judiciária e ao Instituto Luiz Vicente Cernichiario, pela oportunidade de realizar o curso doutorado e, agora, por viabilizar as pesquisas do pós-doutorado.

A todos meus sinceros agradecimentos.

PREFÁCIO

O processo de globalização econômica ou de transnacionalização das relações humanas e sociais provocou e vem provocando transformações radicais. Dentre as mais importantes, pode ser considerada a ressignificação do Estado no que respeita ao dimensionamento do seu papel e das suas diferentes missões¹.

No âmbito das relações privadas e, mais restritamente, aquelas estabelecidas entre fornecedores e consumidores, essas transformações ganham ainda mais importância, porquanto interferem na vida de praticamente todos os cidadãos. Nesse ponto, é preciso que o Estado-juiz saiba como acomodar-se ao novo ambiente em que também se encontra inserido.

A obra da colega Marília de Ávila e Silva Sampaio, que agora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios lança, tem o mérito de perceber com facilidade o processo mencionado. Mais que isso, lança luzes sobre ele sugerindo soluções para um dos maiores problemas decorrentes das transformações provocadas pelo deslocamento do eixo estatal, ou seja, a questão do superendividamento.

Nesse contexto e de forma voltada à atividade jurisdicional propriamente dita, a autora parte do problema central da sua pesquisa, que tem o escopo de dar ferramentas aos juízes que se deparam com questões afetas à insolvabilidade dos consumidores: é possível ou não a revisão de contratos a partir da alegação de superendividamento do devedor?

1 José Eduardo Faria. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. 4ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 8.

As respostas a esse problema nuclear são oferecidas nesta obra sob perspectivas diferenciadas, e aí está uma das maiores contribuições dadas por Marília Sampaio. O primeiro parâmetro utilizado é a convicção de que a matéria do superendividamento deve ser compreendida e enfrentada por meio de apreciações multifocais. Isso quer dizer que a questão não se encerra no espectro da dogmática jurídica, embora também não lhe seja infensa.

Ao contrário, o exame deve dar-se igualmente sob os enfoques da sociologia, da política e da economia. Nesse ponto, vê-se que há uma dimensão surgida como o elo entre esses campos de análise, que vem a ser “o tempo como criação”², realidade que exige atenção do jurista, e dos juízes em especial, para a influência da nova era sobre os fatos e atos jurídicos, bem assim suas consequências sob os mais diversos pontos de vista, como ensina a autora deste *e book*.

Na esteira de algumas importantes iniciativas implementadas no Brasil em prol dos excessivamente endividados, a exemplo dos programas instituídos pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios³ e o do Rio Grande do Sul⁴, Marília Sampaio vai além na sua reflexão. Isso porque a autora propõe medidas de prevenção do superendividamento por meio de instrumentos aptos a evitarem suas nefastas consequências.

Assim é que são tratados mecanismos como a informação, o aconselhamento, a concessão responsável do crédito, a possibilidade de responsabilização civil pela má concessão do crédito e, ainda, o aprimoramento dos meios de avaliação da qualidade creditícia.

Neste livro o leitor encontrará a adoção firme de uma posição em torno da possibilidade ou não de revisão dos contratos sob o argumento do superendividamento. Aos julgadores o tema interessa de perto. Embora haja vozes e argumentos divergentes, Marília Sampaio adere à corrente favorável à possibilidade de revisão dos contratos. Sua análise tem o pressuposto da sociedade de risco⁵ em que vivemos e que nos obriga a um novo olhar sobre o conceito de segurança jurídica.

2 Cristiano Paixão de Araujo Pinto. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.102.

3 Programa Superendividados.

4 Programa Superendividamento do Consumidor.

5 Ver Ulrich Beck. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

Nesse cenário de ruptura com os modelos da chamada sociedade industrial, é preciso que sejam levados em consideração tópicos relevantes e emergentes das situações de desequilíbrio provocadas pelas próprias áleas dos contratos típicos da era pós-moderna. Dentre esses, destaca-se – como faz a autora – a necessidade de reconhecimento da possível afetação posterior dos riscos comuns dos contratos, marca criada pelo tempo atual.

Ainda nesse contexto, deve-se ter em conta a ideia do interesse público como iminente às definições de direito subjetivo e de negócio jurídico, como faz a Professora lusitana Ana Prata⁶. Ocorre que os referidos conceitos são forjados na órbita do direito objetivo e, portanto, se é verdade que o direito subjetivo particular realiza-se na cobertura de um sujeito privado, é também verdade que essa salvaguarda é, ela mesma, de interesse público. Esse, sem dúvida, mais um argumento sólido a sustentar a tese desenvolvida neste *e book*.

6 A tutela constitucional da autonomia privada. Lisboa: Almedina, 2017, p.18-22.

	Cot. R\$	Osc %
skom PNA N1	4,81	-4,75
an ON NM	9,64	-4,55
t S/a PN N2	12,70	-3,78
t S/a ON NM	22,18	-2,59
a Cruz ON ED	43,75	-2,34
PN ED	30,55	-2,08
N ES N2	6,65	-2,06
ON NM	7,03	-1,95
ON	35,38	-1,11
PN N2	31,51	0,80



Tive o privilégio de orientar a pesquisa de doutoramento de Marília Sampaio. A seriedade e o aprofundamento do seu trabalho são correspondentes à sua própria personalidade, seja no magistério, seja na magistratura, seja na academia como pesquisadora. A originalidade do seu estudo e, sobretudo, a sua utilidade para a vida prática da comunidade jurídica, notadamente para os magistrados, são a tônica da atuação da autora nos diversos campos do saber científico. E são, também, o tom exato para que sejam seus leitores atraídos para a boa leitura.

Hector Valverde Santana⁷

7 Doutor e mestre pela Universidade Católica de São Paulo – PUC. Professor dos cursos de doutorado e mestrado e graduação do UNICEUB/ Brasília. Professor da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e da Escola da Magistratura do Distrito Federal. Autor de diversos livros e artigos. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – BRASILCON. Juiz Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.



Sumário

INTRODUÇÃO	14
------------	----

1.SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, CONSUMO E SUPERENDIVIDAMENTO	18
---	----

- » 1.1 A sociedade de consumo e o superendividamento 19
- » 1.2 O consumo de crédito e o cenário econômico brasileiro 29
- » 1.3 O fenômeno do superendividamento:
bases para sua conceituação 34

2.TRATAMENTO INTERNACIONAL DO SUPERENDIVIDAMENTO	44
--	----

- » 2.1 Modelo Norte Americano 44
- » 2.2 Modelo Francês atualizado 46
- » 2.3 Modelo brasileiro: proposta de alteração do CDC 50



3.SUPERENDIVIDAMENTO E CRÉDITO RESPONSÁVEL	64
» 3.1 Dever de informação e o consumo de crédito no CDC	64
» 3.2 O dever de aconselhamento	67
» 3.3 Assédio ao consumo	80
» 3.4 Cadastro positivo e <i>credit scoring</i>	87

4.RESPONSABILIDADE CIVIL PELA MÁ CONCESSÃO DO CRÉDITO	93
» 4.1 Consumo de crédito e responsabilidade civil	93
» 4.2 Possibilidade de revisão dos contratos pela alegação de superendividamento	98

CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
----------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113
----------------------------	-----



Introdução

O superendividamento dos indivíduos na contemporaneidade tem suscitado debates jurídicos e políticos, notadamente em relação aos limites e deveres de intervenção do Estado na proteção do sujeito contra as armadilhas do mercado, na medida em que este tem sua atuação em certa medida infensa às necessidades de grande número de seres humano em diferentes lugares. A atuação amoral do mercado, uma estratégia de estímulo ao consumo por meio da concessão maciça de crédito, somada à cultura consumista contemporânea, todos esses fatores formam o caldo de cultura em que proliferam os casos de crise de solvência de devedores que se veem impossibilitados de arcar com os custos das obrigações assumidas sem grave comprometimento da sua subsistência e de sua família. Trata-se de um problema que envolve muitos fatores e que não necessariamente são compreensíveis nos estritos limites da dogmática jurídica, impondo um esforço de compreensão multidisciplinar, com questões que somente podem ser enfrentadas por meio de análises, a um só tempo, jurídicas, sociológicas, políticas e econômicas.

Acresça-se a essa realidade dois fatores de extrema significação: (1) o fato de vivermos numa sociedade de consumo, caracterizada por um conjunto peculiar de condições existenciais, que estimula seus membros a exercer a cultura consumista, baseada no excesso e desperdício; que desloca o centro de gravidade temporal do futuro para o presente e que nega enfaticamente a procrastinação de um desejo; que se baseia no excesso de informação e inculca, com todas as forças, o credo de que o consumo é o principal meio de se chegar à felicidade, entre outros fatores; e (2) no caso brasileiro, o fato de ter sido o estímulo ao uso do microcrédito ao consumo utilizado como política macroeconômica do governo, deslocando o eixo dinamizador da economia, que antes era cumprido pelas exportações, para o mercado interno.

O superendividamento, fruto perverso da cultura do consumismo acima descrita, apresenta-se como um *locus* privilegiado de tensão entre interesses antagônicos: de um lado os interesses privados, regulados por relações contratuais centradas na força jurígena da vontade, e de outro o interesse público, entendido como um critério para balizar e legitimar as decisões governamentais.

Se é fato que níveis de consumo não podem ser mantidos sem a oferta crédito, tornando-se este um mecanismo de inclusão social, não é menos verdade que no Brasil a maior parte do crédito é adiantado como crédito pessoal, sem garantias, agindo os bancos e instituições financeiras com muita liberdade na sua oferta, o que se apresenta como um desafio regulatório, diante da incapacidade dos atuais mecanismos legislativos de tratamento do tema e da ausência de uma legislação expressa e específica de regulação desse fenômeno.

O presente estudo pretende, então, tratar das múltiplas questões atinentes sobretudo à prevenção do superendividamento, envolvidas no processo de consumo consciente do crédito. Deveres como informação, aconselhamento, combate ao assédio ao consumo, entre outros tantos, serão tratados, com vistas a fomentar um debate necessário e premente na proteção do consumidor.

A principal estratégia de prevenção do superendividamento é a informação de todos os dados atinentes à contratação, para que o consumidor possa avaliar sua escolha da maneira que mais lhe atenda aos interesses e à sua capacidade financeira. O dever de informação como um direito básico do consumidor é previsto no CDC de forma expressa, sendo que o art. 6º, III, determina que a informação seja adequada e clara sobre os diferentes serviços e produtos.

À assimetria de informação em favor do fornecedor do serviço de crédito, que detém, além do domínio das questões técnicas, jurídicas e econômicas atinentes à concessão do crédito, a prerrogativa da redação do instrumento contratual, somam-se as práticas abusivas das instituições financeiras, que estimulam o uso de modalidades mais onerosas de crédito. Tais práticas se notabilizam pela concessão e pelo aumento do limite de crédito do cheque especial, envio de cartões de crédito sem a solicitação do consumidor, ausência de entrega do instrumento contratual, falta de informação sobre o total da dívida a ser paga com financiamento, entre outras tantas

Outro importante mecanismo na prevenção do superendividamento é o dever de aconselhamento. O dever de aconselhamento se assenta no fato de que o comprometimento da qualidade de informação necessária ao consentimento do consumidor caracteriza-se como abusividade contratual. A assimetria de informação é a marca das relações de consumo e se ao contratante não é dado conhecer os termos do contrato,

quer diante da indefinição sobre quais os encargos cobrados, quer pela fixação unilateral dos seus parâmetros, essa cláusula não obriga, sendo nula⁸.

Por fim, outro desafio regulatório premente diz respeito a uma prática abusiva, que vem se tornando cada vez mais comum nos nossos dias, principalmente em relação à sujeitos com uma vulnerabilidade agravada, como é o caso dos doentes, idosos, crianças entre outros (chamados na literatura de hipervulneráveis), que é a figura do assédio ao consumo.

O assédio ao consumo é um dos elementos ou espécies da prática comercial agressiva, caracterizada pela coerção e pela influência indevida de profissional, que tenta pressionar o consumidor de forma a influenciar (paralisar ou impor) sua decisão de consumo, explorando emoções, medos, confiança em relação a terceiros, explorando a posição de expert do fornecedor e as circunstâncias especiais do consumidor. Como se verá no decorrer da pesquisa, esta prática ainda não se encontra regulada no direito brasileiro e guarda direta relação com a questão do crédito responsável.

À não observância desses deveres de informação e de aconselhamento do fornecedor de crédito, soma-se a questão da concessão responsável do crédito, bem como a possibilidade da responsabilidade civil pela má concessão de crédito. A questão é muito importante, pois a concessão de crédito à pessoa sabidamente insolvente ou sem condições de solvibilidade, gerando inadimplência nos pagamentos dos contratos de crédito, produz efeitos não somente em relação ao devedor insolvente, mas efeitos sistêmicos que comprometem o mercado como um todo.

Diretamente relacionada ao consumo responsável de crédito é a regulação dos cadastros de inadimplentes, cadastro positivo e credit scoring, pois se a postulação é a de que o fornecedor de crédito que não cumprir com os deveres de prevenção ao superendividamento pode ser responsabilizado pela má concessão de crédito, então existe a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de avaliação da qualidade creditícia.

8 Merece aqui registro a crítica de Andressa Oliveira sobre a aplicação do critério da taxa média de mercado na cobrança da comissão de permanência: "(...) os argumentos econômicos sobre a conjuntura de regulação dos preços e taxas pelo mercado financeiro, lançados em abstrato nos julgamentos, permitiram que a Corte Superior estabelecesse a limitação dos encargos moratórios, a partir de um critério inexistente. E assim, os discursos da regulação pela taxa média de mercado chegou ao ponto de ser acolhido e creditado como verdadeiro, sem qualquer verificação empírica — que facilmente demonstraria que o critério adotado não passava de ficção, sem correspondência no mundo real". OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 354.

O problema inicial da pesquisa foi pensado, assim, a partir de questões com as quais um magistrado cível se depara quase diuturnamente: se é possível ou não a revisão de contratos a partir da alegação de superendividamento do devedor; o que significa um devedor superendividado; em que momento o inadimplemento obrigacional se transforma em superendividamento; quais os limites de intervenção judicial em tais casos e quais fundamentos decisórios são utilizados pelos tribunais nessas hipóteses.

Postulam-se alguns balizamentos para a análise do caso, principalmente que não se pode tomar como regra que todo consumidor de crédito é um incapaz, assumindo uma postura cômoda de reduzir tudo a uma vitimização desse consumidor, mas não se pode aceitar o fruto perverso da cultura consumista do bem-estar individualista, que impõe um inaceitável sofrimento ao devedor superendividado, pelo estigma de sujeito incapaz de gerir seu próprio destino.

1. Sociedade contemporânea, consumo e superendividamento

O presente capítulo pretende introduzir a discussão acerca do fenômeno do superendividamento, a partir de três dimensões diferentes: a dimensão sociológica, a dimensão econômica e a dimensão jurídica. Trata-se de um fenômeno complexo e multifacetado, que demanda uma avaliação multidisciplinar. Além dos problemas financeiros decorrentes dos débitos pendentes, existem questões psicológicas, emocionais, familiares e sociais que demandam tratamento por especialistas de diversas áreas do conhecimento.

O primeiro esforço na apreensão do fenômeno no campo do direito⁹ deve ser entender quais os diferentes fatores, de outros campos do saber, e que não são necessariamente apreendidos pela dogmática jurídica, são importantes para sua compreensão. Não obstante, é necessário que se advirta que a análise dos elementos essenciais à definição dos contornos do problema do superendividamento dos consumidores, a partir de outras disciplinas, como a sociologia e a economia, há que se dar pela perspectiva do campo do direito, para se evitar que não se perca a própria especificidade do direito numa abordagem interdisciplinar.

De outro lado, o estudo do superendividamento não pode desprezar a dimensão da facticidade do fenômeno jurídico, pois a avassaladora velocidade das mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas na contemporaneidade, no mais das vezes acontecem à margem das estruturas jurídicas e dos mecanismos jurídicos de solução dos conflitos, razão pela qual a redução de todas as contingências necessárias à exata compreensão do problema aos estreitos limites da dogmática jurídica, não se mostra eficiente para o tratamento do tema.

9 A expressão “campo” é aqui utilizada na acepção empregada por Pierre Bourdieu, definindo campo como uma “(...) estenografia conceptual de um modo de construção do objeto que vai comandar — ou orientar — todas as opções práticas da pesquisa. Ela funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objeto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades”. O campo é, assim, o espaço onde os agentes, a partir de posições aprioristicamente fixadas, tratavam lutas em torno de interesses que caracterizavam posições de poder. O campo jurídico, na visão de Bourdieu, “é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa do mundo social”. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 27 e p. 212.

Tendo em conta tais aspectos balizadores da discussão que se pretende empreender, o texto neste primeiro capítulo será dividido em três pontos principais, correspondendo aos seus três subcapítulos. No primeiro tópico, “a sociedade de consumo e o superendividamento”, o viés de análise é o sociológico; no segundo, “o consumo de crédito e o cenário econômico brasileiro”, o viés da análise será o econômico e, finalmente, no terceiro tópico, “o fenômeno do superendividamento”, a perspectiva de análise será jurídica, com ênfase em sua dimensão dogmática.

| 1.1 *A sociedade de consumo e o superendividamento*

O superendividamento tem ocupado o centro dos debates jurídicos e políticos contemporâneos, principalmente no que diz respeito à proteção do sujeito contra as armadilhas do mercado e sua implacável atuação “amoral” e aparentemente infensa às necessidades de grande número de seres humanos que compartilham da existência em diferentes comunidades. O primeiro esforço na apreensão desse fenômeno pelo campo do direito deve ser entender quais os diferentes fatores, de diferentes campos e que não são necessariamente apreendidos pela dogmática jurídica, mas são importantes para a sua compreensão.

No campo da sociologia, alguns autores têm se ocupado da análise das alterações sociais na contemporaneidade no que tange ao comportamento dos indivíduos, notadamente em face de fenômenos como a globalização, a massificação do consumo e a virtualização crescente das relações sociais. Dentre esses autores, um dos mais destacados é Zygmunt Bauman, que por meio do que chamou de modernidade líquida¹⁰, desenvolveu uma observação da sociedade contemporânea que denuncia o momento em que os valores da sociedade moderna, tais como família, classe, religião, nacionalidade, entre outros, vão sendo modificados a partir de uma forte tendência ao consumo, à transformação das relações sociais em mercadoria.

10 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

O autor, utilizando-se de tipos ideais weberianos¹¹, descreveu a passagem do que chamou de sociedade de produtores/soldados para a sociedade de consumidores. Na sociedade de produtores, que se notabilizou na história moderna pelas “enormes plantas industriais” e pelos “imenso exércitos de recrutas”, a sociedade qualificava seus membros masculinos basicamente como produtores e soldados e a metade feminina como fornecedoras de serviços. Segundo esse modelo societário, cujo ideário se identifica com os contornos da modernidade, as ações individuais eram plasmadas na obediência a ordens, na tolerância ao trabalho árduo e na aceitação da ética do trabalho, assim como na disposição de adiamento da satisfação pessoal em prol de outros objetivos¹². O modelo se orientava para a promessa de segurança a longo prazo, a ordem e a regularidade e não para a satisfação instantânea de prazeres.

Historicamente, a produção e o consumo eram independentes entre si e regulados, padronizados e operados por instituições igualmente independentes entre si. Segundo Bauman, a revolução consumista ocorreu com a passagem do consumo ao consumismo¹³, quando aquele tornou-se central para a vida da maioria das pessoas, “o verdadeiro propósito da existência”, e quando nossa capacidade de querer, desejar,

11 Tipos ideais, segundo o autor, são “abstrações que tentam apreender a singularidade de uma configuração composta de ingredientes que não são absolutamente singulares, e que separam os padrões definidores dessa figuração da multiplicidade de aspectos que a configuração em questão compartilha com outras. A maioria dos conceitos usados de forma rotineira nas ciências sociais (se não todos eles) — como ‘capitalismo’, ‘feudalismo’, ‘livre mercado’/‘democracia’, ou mesmo ‘sociedade’, ‘comunidade’, ‘localidade’, ‘organização’ e ‘família’ têm o status de tipos ideais. Como sugeriu Weber, os ‘tipos ideais’ (se construídos de maneira adequada) são ferramentas cognitivas úteis, e também indispensáveis, ainda que (ou talvez porque) iluminem deliberadamente certos aspectos da realidade social descrita enquanto deixam na sombra outros aspectos considerados de menor ou escassa relevância para os traços essenciais e necessários de uma forma de vida peculiar. ‘Tipos ideais’ não são descrições da realidade, mas ferramentas usadas para analisá-la. São bons para pensar”. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 39.

12 Para Bauman, “(...) a obediência às ordens e a conformidade à regra, a admissão da posição atribuída e sua aceitação como indiscutível, a tolerância a trabalhos perpetuamente pesados e a submissão a uma rotina monótona, a disposição de adiar a satisfação e a aceitação resignada da ética do trabalho (significando em resumo, o consentimento em trabalhar por amor ao trabalho, fosse ele importante ou não) eram os principais padrões comportamentais treinados e ensaiados com ardor por esses membros, na expectativa de que fossem aprendidos e internalizados. O corpo do potencial trabalhador ou soldado era o que mais contava; seu espírito, por outro lado devia ser silenciado e uma vez adormecido, logo, ‘desativado’, podia ser deixado de fora ao se estabelecer políticas e movimentos táticos. A sociedade de produtores e soldados se concentrava na administração dos corpos a fim de tornar a maior parte de seus membros apta a morar e agir em seu pretenso habitat natural: o chão da fábrica e o campo de batalha”. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38.

13 Segundo Bauman, o consumo é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, ao passo que o consumismo é um atributo da sociedade, sendo caracterizado como um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos e que se estabelece como principal mola propulsora e operativa da sociedade, “(...) uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e do grupo, assim como na seleção e execução de políticas da vida individual”. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 41.

ansiar algo e particularmente de experimentar emoções repetidas vezes, de fato, passou a sustentar a economia do convívio humano¹⁴.

A sociedade de consumo, diferentemente da sociedade de produtores, representa um conjunto peculiar de condições existenciais que estimula seus membros a exercer a cultura consumista com a máxima dedicação possível, ou seja, a sociedade de consumo “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista” e na qual seguir estritamente os preceitos da cultura do consumo é “para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível — e uma condição de afiliação”.¹⁵

Entre as condições peculiares que conformam a sociedade de consumo, podem ser citadas, como principais características, primeiramente uma economia baseada no excesso e no desperdício. Para atender a todas as necessidades e desejos pelas novidades lançadas no mercado, não pode haver acumulação de produtos por parte dos consumidores. Os produtos são feitos para serem descartados, abrindo, assim, espaço para novas aquisições, num ciclo que cria uma era da “obsolescência embutida” ou “obsolescência programada” dos bens oferecidos no mercado e um aumento da indústria de remoção de lixo, na medida em que “novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos¹⁶”.

No campo do direito do consumidor existem alguns estudos acerca do que se chamou de obsolescência programada. Thierry Bourgoinée define esse tipo e conduta como aquela que é levada a cabo por fornecedores que deliberadamente diminuem o tempo de uso de um produto/serviço, de modo a forçar sua substituição por outro. O mesmo autor esclarece que dentre os tipos de obsolescência programada destacam-se a obsolescência psicológica, que envolve aspectos estéticos e sociais e a obsolescência econômica, que envolve questões funcionais, de qualidade, concepção e limites de reparação dos produtos e serviços.

Existe pressa em adquirir e juntar, porém mais pressa em descartar e substituir. “*Não se deve chorar sobre o leite derramado*” é a mensagem latente por trás de cada comercial que promete uma nova e inexplorada oportunidade de felicidade¹⁷. A cultura consumista nega enfaticamente a procrastinação de um desejo, seja por que motivo for, erguendo “o valor novidade

14 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38.

15 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 71

16 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 45.

17 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 45.

acima do valor permanência¹⁸”. Para Zigmunt Bauman, “no tempo pontilhado da sociedade de consumidores, a eternidade não é mais um valor e um objeto de desejo”, sendo que “a tirania do momento líquido-moderna, com seu preceito *carpe diem*, substitui a tirania pré-moderna da eternidade com seu lema *memento mor*”¹⁹. Assim, o momento de desfrutar dos prazeres das coisas é quando se desejar e não quando se ganhar o suficiente para adquiri-las²⁰.

Trata-se ainda de uma cultura chamada de “*agorista*”²¹, ou seja, a sociedade de consumo tem como característica a “renegociação do significado do tempo”, não sendo cíclico nem linear, mas um tempo pontilhado, fragmentário e apressado. A cultura consumista parece ser marcada por uma “miopia temporal”, com tendência à valorização do que está mais próximo de nós no tempo, em detrimento daquilo que se encontra mais afastado²².

Gilles Lipovetsky apresenta como características da temporalidade “presentista”²³ a “perda da credibilidade dos sistemas progressistas, primazia das normas de eficiência, mercantilização do saber, multiplicação dos contratos temporários do cotidiano”, tudo a indicar que o centro de gravidade temporal de nossa sociedade se deslocou do futuro

18 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.111.

19 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.134.

20 Em interessante passagem sobre cartões de crédito, Bauman assim resume os acontecimentos dos últimos tempos: os cartões de crédito foram (...) lançados no mercado cerca de trinta anos atrás com o exaustivo slogan 'não adie a realização de seu desejo'. Você deseja alguma coisa, mas não ganha o suficiente para adquiri-la? Nos velhos tempos, felizmente passados e esquecidos, era preciso adiar a satisfação (e esse adiamento segundo o pai da sociologia moderna Max Weber, foi o que tornou possível o advento do capitalismo moderno): apertar o cinto privar-se de certas alegrias, gastar com prudência e frugalidade, colocar o dinheiro economizado na caderneta de poupança e ter esperança, com cuidado e paciência, de conseguir juntar o suficiente para transformar o sonho em realidade. Graças a Deus e à benevolência dos bancos isso já acabou!! Com o cartão de crédito, é possível inverter a ordem dos fatores: desfrute agora e pague depois!! Com o cartão de crédito você está livre para administrar sua satisfação para obter coisas quando desejar, não quando ganhar o suficiente para obtê-las”. BAUMAN, Zigmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Roviroso-Madraza*. Trad. de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 29.

21 Expressão cunhada por Stephen Bertman em *Hyperculture: the human cost of speed*. Apud BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

22 A expressão “miopia temporal”, cunhada por Eduardo Gianetti, é um dos mecanismos utilizados para explicar os termos de troca intertemporal, ou seja, para explicar a faculdade humana de *antever o que não é e avaliar o que pode ser, levando em conta o que foi*. Além da miopia temporal, o autor descreve também a hipermetropia temporal que é o extremo oposto, pois enquanto a miopia temporal leva a uma descon sideração do futuro, a hipermetropia reflete uma subestimação do presente. Tanto a miopia temporal quanto a hipermetropia estabelecem uma tensão permanente traduzida pelo autor da seguinte forma; “(...) considere inicialmente a escolha entre gastar e poupar. A satisfação proporcionada pelo consumo é direta e imediata. Aquilo de que carecemos é justamente o que mais desejamos: carro novo, viagem, portão automático, DVD, lipoaspiração... a lista sobe o Everest. Deixar de gastar, contudo, visando formar uma poupança previdenciária que traga maior segurança e melhor padrão de vida na velhice já não é tão simples. Não é à toa que desde Esopo e La Fontaine o ato de poupar e cuidar do amanhã encontrou abrigo no rol das virtudes. Há um conflito sempre renovado entre o desejado (consumir) e o que seria desejável numa ótica temporal mais ampla (poupar). O impulso de gastar e gozar o dia mede forças com a previdência (latim *prae*: ‘antes’ + *videntia*: ‘visão’) e os cuidados perante o futuro incerto”. GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã. Ensaio sobre a natureza dos juros*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 105-106.

23 Expressão criada por Jean-François Lyotard, segundo Lipovetsky. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 59.

para o presente, consagrando a cultura do “tudo já”, sacralizando o “gozo sem proibições e sem preocupações com o amanhã²⁴”. No mesmo sentido Lipovetsky, afirma que, com consumo na hipermodernidade²⁵, regido pelo que chamou de princípio-moda, “tudo o que é novo apraz”, “nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata de necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer²⁶”.

A sociedade de consumidores se notabiliza ainda por ser uma sociedade marcada pelo excesso de informação, sendo praticamente impossível assimilar o volume disponível no mundo contemporâneo, pois a informação parece brotar de todos os lados²⁷. Os canais de informação são muitos e as mídias variadas, mas que empreendem um bombardeio contínuo e veloz ao indivíduo, incluindo a internet, com seus *pop-ups* e *banners*, a televisão aberta, a televisão a cabo, canais de notícias 24 horas, jornais, revistas, catálogos, e-mails, *smartphones*, iPods, *podcasts*, mensagens instantâneas, aplicativos de fotos, torpedos via celular e jogos para computadores e videogames, entre outros. Além da incapacidade de retenção de tal volume de informações, seu excesso, no campo das relações de consumo, em vez de ajudar, acaba atrapalhando o processo de escolha consciente de bens e serviços pelos consumidores²⁸.

O que se verifica é que o excesso de informação na contemporaneidade não necessariamente se transforma em conhecimento e muito menos ainda em sabedoria. Na cultura “agorista” da sociedade de consumidores, as informações são instantâneas e não são maturadas e absorvidas com a atenção necessária para que possam mudar a vida das pessoas. Sobretudo a internet tem sido um instrumento de difusão de informação extre-

24 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 62.

25 Não cabe nos limites do presente estudo uma discussão mais aprofundada acerca dos conceitos de pós-modernidade, modernidade tardia e hipermodernidade. Para tanto remete-se à leitura de LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004.

26 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, pp. 59-60.

27 Interessante entrevista de Umberto Eco, concedida à Revista Época, o escritor assim se manifestou acerca do excesso de informação na internet dos dias atuais: “(...) a internet ainda é um mundo selvagem e perigoso. Tudo surge lá sem hierarquia. A imensa quantidade de coisas que circula é pior do que a falta de informação. O excesso de informação provoca amnésia. Informação demais faz mal. Quando não lembramos o que aprendemos, ficamos parecidos com animais. Conhecer é cortar, é selecionar”. Entrevista publicada em 30 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaepoca.globo.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

28 Estudos na área cognitiva apontam para o risco de “sobrecarga cognitiva” que o excesso de informação pode gerar. Toda demanda de memória utilizada no processo de qualquer aprendizado é referida como carga cognitiva, ou seja, toda quantidade de conteúdo de conhecimento que a pessoa registra em sua memória durante a instrução e capacitação e a sobrecarga se refere ao trabalho de aprendizagem cerebral acima de sua demanda natural. A informação consome a atenção da pessoa e, em níveis extremos, até a sua privacidade. Além da atenção, o excesso de informação diminui a capacidade de retenção da memória no processamento das informações guardadas, podendo levar o indivíduo ao estresse e à baixa concentração. Disponível em: <<http://www.infoescola.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

mamente ágil e, para muitas pessoas a única forma de tomada de conhecimento acerca dos que acontece no mundo. Mas se de um lado propicia essa difusão rápida de informação, de outra parte, propicia a difusão de todo tipo de informação, inclusive informação inverídica, fenômeno que foi registrado pelo dicionário Oxford como pós-verdade, “um adjetivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influencia em moldar a opinião pública do que os apelos à emoção e a crenças pessoais.”²⁹

O consumo, nesse modelo societário, é apregoado também como a principal forma de se alcançar a felicidade. Segundo Zigmunt Bauman, a sociedade de consumidores é a única “na história da humanidade a prometer a felicidade na vida terrena, aqui e agora e a cada *agora sucessivo*”, assim como é a única que evita legitimar qualquer tipo de infelicidade — exceto a infligida a criminosos como justa recompensa por seus crimes —, pois é considerada como um demérito de seu portador.

A conclusão é de que “além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, uma *economia do engano* — ela aposta na irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas; estimula emoções consumistas e não cultiva a razão³⁰”. A proposta de felicidade da humanidade pelo consumo afasta o indivíduo cada vez mais de si mesmo e de qualquer reflexão sobre seus direitos e conquistas, aceitando que o mercado passe a comandar tudo.

Segundo afirma Ana beatriz Barbosa Silva, consumir passou a ser a maneira mais rápida e eficaz de ter, o que numa sociedade de consumo passa a ser quase que um sinônimo de ser. Entretanto, segundo a autora, o ato de consumir traz em si um efeito colateral inevitável, pois se num primeiro momento o ato de consumir gera um estado de euforia, logo passada esta, com o tempo teremos mais necessidade de comprar mais para sentirmos a sensação abstrata de prazer obtida com a experiência, “na tentativa ilusória de criar um estado permanente de satisfação”. O resultado é um ciclo vicioso que aprisiona as pessoas, fazendo girar a economia e a realização de lucros mais expressivos. Em conclusão, afirma que “nosso sistema econômico prioriza até as últimas consequências a produção

29 Segundo Gabriel Priulli, a pós verdade não seria então, exatamente, o culto à mentira, mas a indiferença com a verdade dos fatos. Eles podem ou não existir, e ocorrer ou não da forma divulgada, que tanto faz para os indivíduos. Não afetam os seus julgamentos e preferências consolidados. O termo, diz a Oxford, foi empregado pela primeira vez em 1992 pelo dramaturgo sérvio-americano Steve Tesich, em um ensaio para a revista *The Nation*. Em 2004, o escritor norte-americano Ralph Keyes colocou-o no título de seu livro *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*. Mas quem mais contribuiu para a sua popularização mundial foi a revista *The Economist*, desde quando publicou, em setembro passado, o artigo “Arte da mentira”. Disponível em <www.cartacapital.com.br/revista/933/a-era-da-pos-verdade>. Acesso em 23/01/2017.

30 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 65.

excessiva e o consumo irresponsável que transforma cada um de nós em esbanjadores inconsequentes, a ponto de considerarmos o desperdício algo normal.”³¹

Outra característica bem presente do consumismo é o individualismo do sujeito consumidor, com a desregulamentação e desrotinização da conduta humana, diretamente ligada ao enfraquecimento dos vínculos humanos. A vocação consumista se baseia em desempenhos individuais, na medida em que se acredita que obedecer aos preceitos dependa apenas da disposição e do empenho do indivíduo, o que leva à conclusão de que “qualquer invalidez social seguida de exclusão só pode resultar, na sociedade de consumidores, de faltas individuais³²”.

O consumidor, ele mesmo, se transforma em mercadoria a ser consumida: é precisamente essa comodificação do consumidor a qualidade que torna todos os consumidores membros autênticos deste tipo de sociedade. E não por escolha própria, mas por imposição de tornar-se uma mercadoria valiosa no mercado e de se apresentar como um sujeito capaz e adaptado, apto a receber atenção em outras relações sociais, como com um empregador ou no âmbito amoroso, por exemplo. Nessa linha, consumir “significa investir na afiliação social de si próprio, o que numa sociedade de consumidores, traduz em vendabilidade: obter qualidades para as quais já exista uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada³³”.

A comodificação do ser humano ocorre na medida em que são confundidas as esferas do “ser” com as do “ter”, de modo que o senso identitário do indivíduo se desenvolve a partir dos produtos consumidos, o que ao fim transforma as pessoas de agentes ativos do consumo em “mercadorias” a serem consumidas por outras pessoas.³⁴

Numa sociedade de produtores, o lucro advinha basicamente da exploração trabalho assalariado, o que foi transformado numa sociedade de consumidores, na qual o lucro advém basicamente da exploração dos desejos de consumo, desejos estes que não de-

31 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas. Do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014, p. 20.

32 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 75.

33 BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 75.

34 SILVA explica que “como mercadorias, todos queremos ser desejados e, para isso, concentram-se num esforço sem fim para se manter atraentes e vendáveis.” SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas. Do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014, p. 20.

vem ser satisfeitos jamais, de modo a criar mais demanda por novos desejos e anseios e, assim, manter aquecida a economia nessa sociedade.

Uma das principais consequências dessa sociedade de consumidores descrita por Zigmunt Bauman é uma cauterização das relações humanas baseadas na ética, e os bons resultados de sucesso são medidos por critérios econômicos³⁵. Não é por acaso que as principais pesquisas brasileiras acerca do nível de endividamento das famílias e dos consumidores em geral são feitas em comparação com o PIB nacional.

O superendividamento, fruto perverso da cultura do consumismo acima descrita, apresenta-se como um *locus* privilegiado de tensão entre interesses antagônicos: de um lado os interesses privados, regulados por relações contratuais centradas na força jurígena da vontade, e de outro o interesse público, entendido como um critério para balizar e legitimar as decisões governamentais.

A discussão contemporânea busca uma associação de interesses que somente seriam incongruentes à primeira vista, procurando harmonizar de um lado “o princípio, que numa dimensão kantiana, enfatiza a ampla liberdade de cada cidadão desde que ela seja compatível com a ampla liberdade dos demais cidadãos; e o princípio que recomenda a redução das desigualdades econômicas gritantes, tendo em vista a consecução de um certo equilíbrio social³⁶”.

No Brasil, a democratização do acesso ao crédito para consumo, sob o manto retórico do “interesse coletivo”, tornou-se uma política macroeconômica do governo, que estimulou o aumento do nível de consumo — e conseqüentemente do nível de endividamento — das famílias, funcionalizando interesses individuais ao interesse coletivo de estímulo à economia de mercado.

Tal fato encontrou terreno propício de proliferação proporcionado pelo consumismo e gerou a moldura fática que permite identificar de um lado uma política que predispôs os sujeitos ao consumo, equiparando aumento de consumo a aumento de qualidade de vida e de indicadores sociais, e de outro, uma promessa não cumprida de inclusão

35 Amartya Sen atribui essa sensação de invulnerabilidade à ética que parece permear a economia preditiva à crença de que o comportamento humano, pelo menos em questões econômicas, pode ser satisfatoriamente previsto com base na maximização do autointeresse, crença esta muito em voga atualmente, sobretudo, como será discutido posteriormente, pela aplicação da Análise Econômica do Direito, principalmente pela aplicação do critério do ótimo de Pareto. Sobre o tema, vide SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

36 FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

social, que, na prática, acaba por impelir estes mesmos “novos consumidores” para fora da sociedade de consumo.

O fenômeno do superendividamento de famílias, sobretudo de camadas da população menos abastadas, fenômeno este cruel e dramático em alguns casos³⁷, não se compraz com o reconhecimento meramente formal do “interesse público” como elemento retórico subjacente à discussão na sua prevenção e tratamento. Essa estratégia pode até ser importante para o funcionamento da ordem jurídica, mas não é condição suficiente para a solução do problema.

Se é fato que níveis de consumo não podem ser mantidos sem a oferta crédito, tornando-se este um mecanismo de inclusão social, não é menos verdade que no Brasil a maior parte do crédito é adiantado como crédito pessoal, sem garantias, agindo os bancos e instituições financeiras com muita liberdade na sua oferta, o que se apresenta como um desafio regulatório, diante da incapacidade dos atuais mecanismos legislativos de tratamento do tema e da ausência de uma legislação expressa e específica de regulação desse fenômeno.

O problema do endividamento excessivo do consumidor brasileiro deve ser discutido entre dois marcos delimitadores que são antitéticos somente na aparência: de um lado, não se pode tomar como regra que todo consumidor de crédito é um incapaz, assumindo uma postura cômoda de reduzir tudo a uma vitimização desse consumidor, aniquilando, assim, a noção de sujeito responsável por suas escolhas e responsabilizando sempre *a priori* a realidade econômica por todas as vicissitudes advindas das opções individuais de consumo. De outra parte, não se pode aceitar o fruto perverso da cultura consumista do bem-estar individualista, que impõe um inaceitável sofrimento ao devedor superendividado, pelo estigma de sujeito incapaz de gerir seu próprio destino, imposto pelos grupos dominantes.

Postula-se que, se houve o esfacelamento de projetos coletivos na pós-modernidade, minados por um individualismo exacerbado, nos moldes descritos na sociedade de consumo por Bauman, a visão de futuro não é de um apocalipse social, com a morte do sujeito e a colonização de tudo e todos pelo mercado.

É de se concordar com a posição otimista de Lipovetsky, quando afirma que temos na contemporaneidade a presença dos elementos essenciais da pós-modernidade — o mercado, o indivíduo e a escalada técnico-científica —, mas que ao mesmo tempo cer-

37 Os números de diversas pesquisas recentes realizadas no caso brasileiro serão apresentados no próximo tópico.

tos valores próprios da modernidade, como é o caso dos direitos humanos, por exemplo, e de outros tantos valores, como a preocupação com a verdade ou com o relacional, não estão perto de cair no consumismo puro³⁸.

São muitos os elementos que nutrem uma ideia de ceticismo e de extinção de ideais superiores na contemporaneidade, assim como é fato que a técnica mercantil organiza segmentos inteiros da sociedade, mas, ao mesmo tempo, há sempre um consenso em relação aos fundamentos ético-políticos da modernidade, permanecendo as premissas axiológicas que impedem o reconhecimento de uma visão absolutamente niilista de nossa sociedade. Segundo Lipovetsky:

“Disso são testemunho, em especial, os protestos e compromissos éticos, a nova consagração dos direitos humanos, que os erigem em centro de gravidade ideológica e em norma organizadora onipresente das ações coletivas. Não é verdade que o dinheiro e a eficiência se tornaram os princípios e os fins últimos de todas as relações sociais. Do contrário, como entender o valor conferido ao amor e à amizade? Como explicar as reações de indignação em face das novas formas de escravidão e de barbárie? De onde vêm as exigências de moralizar as trocas econômicas, a mídia e a vida política? Ainda que nossa época seja palco da pluralidade conflituosa dos conceitos de bem, ela é, ao mesmo tempo, marcada por uma reconciliação inédita com os fundamentos humanistas — estes nunca antes se beneficiaram de tal legitimidade incontestada. Nem todos os valores, nem todos os referenciais de sentido foram pelos ares: a hipermodernidade não é ‘sempre mais desempenho instrumental e, portanto, sempre novos valores que tenham força de obrigação’; ela é, isto sim, uma espiral técnico-mercantil que se liga ao reforço unânime do tronco comum dos valores humanistas democráticos.”³⁹

O futuro do debate sobre o superendividamento depende da capacidade de fazer a “ética da responsabilidade triunfar sobre os comportamentos irresponsáveis⁴⁰”, sejam eles de que natureza for. A solução deve passar pela combinação desses dois marcos, não merecendo soluções meramente “paternalistas” sobre o sujeito superendividado,

38 Segundo o autor: “Se é digno de nota que a obsessão da imagem invadiu o mundo intelectual e impeliu determinados pensadores a levar em conta as exigências do marketing, não é menos notável que a honestidade intelectual e a preocupação com a verdade continuam apanágio da maioria. No fundo, a vontade de saber conservou, na maior parte dos casos, a ascendência sobre a vontade de agradar e ser reconhecido, e o ritmo lento do pensamento teórico não está próximo de adaptar-se àquele, extremamente oscilante, da sociedade espetáculo.” LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 35.

39 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 99.

40 LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 45.

mas num meio que traga a responsabilidade pessoal a um ambiente em que existam arranjos coletivos que garantam condições mínimas de existência⁴¹.

1.2 O consumo de crédito e o cenário econômico brasileiro

No Brasil, após um longo processo histórico de contenção e estabilização do processo inflacionário, que marcou nossa economia até o final dos anos 90, o que se verificou em relação ao aumento da oferta do microcrédito para consumo foi que essa política pública como geradora de crescimento de emprego e renda também gerou um grande perigo, sobretudo para a população de baixa renda: o risco do endividamento excessivo das famílias ou superendividamento. Na advertência de Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade, “embora o crédito signifique dispor imediatamente de rendimento que não se possui, permitindo assim antecipar a fruição de determinados bens, implica igualmente uma penhora do rendimento futuro, impondo aos devedores um sacrifício financeiro por períodos de tempo mais ou menos longos⁴²”. Além disso, crescimento não é sinônimo de desenvolvimento, e a inclusão das famílias na sociedade de consumo, por si só, não criará o desenvolvimento e a inclusão social anunciados, sobretudo das populações dessa camada da população⁴³.

Como houve um real aumento dos indicadores sociais nos últimos anos, principalmente em relação ao aumento da taxa de empregos, o estímulo ao consumo somente agrava o problema da falta de poupança e investimento em decorrência do aumento da demanda. Ou seja, trata-se de um ciclo vicioso que tende a agravar a situação da camada menos favo-

41 Segundo José Eduardo Faria, é fundamental a combinação de duas noções. A ideia de pessoas livres, capazes de cooperar e de cuidar da própria vida, assumindo conscientemente seus riscos é compatível com a versão mais individualista do liberalismo. No entanto, a própria concepção de pessoa livre e capaz é inteligível apenas quando vinculada a uma estrutura social: só a partir dessa perspectiva é possível dar um sentido claro à noção de liberdade. O indivíduo típico só pode ser pensado como livre, preparado para buscar seus fins e correr seus riscos, quando um arranjo coletivo lhe garante as condições mínimas necessárias. KUNTS, Rolf. *A redescoberta da igualdade como condição de justiça. Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 151.

42 FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 13.

43 Na visão de Nascimento, “(...) partindo-se do aspecto da demanda econômica, no sentido Keynesiano — o acesso ao crédito para consumo incentiva a população a consumir, amplia a demanda por bens e serviços, e por consequência exige maior produção e investimento das firmas, gerando novos empregos. Todavia, esse tipo de crédito não gerará empregos para a baixa renda, pois, como supracitado, esta apresenta níveis muito baixos de escolarização e não se empregará nas firmas demandantes de mão de obra. Deste modo, se o público alvo a ser incluído e a sofrer ações públicas de desenvolvimento for o de baixa renda, necessitam-se políticas públicas integradas de crédito e produção, de maneira a desenvolver seus negócios, e de outras ações tais como capacitação, assistência técnica e acesso a mercados”. NASCIMENTO, Francisco Marcelo Garritano Barone do. *Políticas públicas de acesso ao crédito como ferramenta de combate à pobreza e inclusão social: o microcrédito no Brasil*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008, p. 121.

recida da população, que lançara mão do crédito oferecido em larga escala para consumo com a falsa expectativa de melhoria das condições de vida, quando o que aconteceu na realidade é que este segmento da população teve acesso a bens de consumo antes considerados supérfluos, às custas da antecipação de um crédito que agora está sendo cobrado.

A expansão da oferta do crédito começa em 2003, havendo, por parte dos bancos, a modificação de seus portfólios de ativos, fomentando a expansão do crédito, sobretudo do crédito pessoal, com o aumento do poder de compra dos agentes econômicos. O consumo no mercado interno teve importante participação na política econômica do governo Lula, pois o eixo dinamizador da economia, que antes era cumprido pelas exportações, passou a ser reforçado pelo mercado interno. Juntamente com outros indicadores sociais do período⁴⁴, a democratização do acesso ao crédito determinou uma expansão sustentada do consumo das famílias, que contribuiu de maneira relevante para o crescimento acumulado do PIB de 2003 a 2008 da ordem de 27,3%⁴⁵.

Houve um significativo ciclo expansivo do crédito doméstico, liderado pelo crédito com recursos livres, fundamentalmente direcionado para as famílias⁴⁶, sendo que a inclusão de uma grande massa de pessoas ao Sistema Financeiro Nacional passou a ser o fio condutor das políticas públicas de acesso ao crédito durante este período⁴⁷. Dentro das medidas de estímulo ao microcrédito, destacam-se as destinadas a aumentar a oferta de serviços financeiros às populações de baixa renda, entre elas a massificação de con-

44 Segundo Aloísio Mercadante, tais indicadores sociais podem ser descritos como a queda da taxa de desemprego, a crescente formalização do mercado de trabalho, a valorização do salário-mínimo, o aumento do rendimento da população ocupada, os avanços na reforma agrária e na consolidação da agricultura familiar, e os programas de transferência de renda e assistência social. MERCADANTE, Aloísio. *O governo Lula e a construção de um Brasil mais justo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 67.

45 MERCADANTE, Aloísio. *O governo Lula e a construção de um Brasil mais justo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 67.

46 Marco Antônio Macedo Cintra, com base em dados do Banco Central do Brasil, apontou que "(...) a composição do crédito livre sofreu uma mudança de dez pontos percentuais. Em abril de 2003, o crédito tomado por pessoas físicas somava R\$ 105,1 bilhões, representando 37,9% do total e o destinado às pessoas jurídicas, R\$ 172 bilhões, correspondendo a 62% do total. Em dezembro de 2005, o crédito absorvido pelas pessoas físicas acumulava R\$ 190,5 bilhões ou 47,2% do total, já os recursos direcionados para pessoas jurídicas alcançavam R\$ 213 bilhões ou 52,8% do total". CINTRA, Marcos Antônio Macedo. *A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. A supremacia dos mercados e a política econômica do governo Lula*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 332.

47 "Esse movimento expansivo do crédito pessoal pode ser observado em todos os segmentos, privado, nacional, estrangeiro e público, sendo que no sistema financeiro nacional, o estoque de empréstimos pessoais mais do que duplicou durante o período, de R\$ 48,9 bilhões de abril de 2003 para R\$ 102, 9 bilhões em dezembro de 2005. No segmento privado estrangeiro houve movimento semelhante, mas em menor intensidade. O estoque de crédito pessoal saltou de R\$ 31 bilhões no mesmo período, o equivalente a um aumento de 66%. Por sua vez, no sistema financeiro público, os empréstimos para pessoas físicas subiram de R\$ 22,7 bilhões para 34,1 bilhões, resultando em uma expansão de 50%". CINTRA, Marcos Antônio Macedo. *A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. A supremacia dos mercados e a política econômica do governo Lula*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 332.

tas simplificadas — chamada bancarização — e o estímulo à oferta de crédito por meio da destinação de parte dos recursos do recolhimento compulsório sobre depósitos à vista, disciplinados pela Lei 10.735/2003.

Os bancos adotaram estratégias diferentes para expansão dos produtos voltados para o financiamento das famílias. Em primeiro lugar, muitos deles compraram financeiras e estabeleceram parcerias com redes de lojas para financiamento das vendas na rede associada ou constituíram sociedades de crédito, financiamento e investimento com a finalidade precípua de financiar as vendas das lojas varejistas⁴⁸.

Os bancos aumentaram o prazo dos financiamentos, fazendo com que as altas taxas de juros sejam compensadas pela diminuição do valor da prestação, amoldando-se aos orçamentos das famílias, com financiamentos de 60 e até 72 meses. Além disso, a Caixa Econômica Federal⁴⁹ e o Banco do Brasil⁵⁰ capitanearam um processo de celebração de convênios com entidades públicas e empresas privadas, objetivando a oferta de crédito consignado a servidores públicos e empregados, mediante desconto em folha de pagamento e de desconto direto em conta corrente.

48 Como exemplos, podem ser citados o Banco Bradesco, que comprou a Finasa; o Unibanco comprou a Fininvest; o HSBC comprou a Losango, o Banco Itaú criou a Taii; o Bradesco se associou às Casas Bahia, para financiar suas vendas a prazo; o Unibanco fez acordo com a rede de supermercados Grupo Sonae; o Banco Itaú se associou à Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), que controla os grupos Pão de Açúcar, Extra, CompreBem e Sendas e efetuou parceria com a Lojas Americanas; o HSBC associou-se à rede Panashop, entre muitos outros exemplos. CINTRA, Marcos Antônio Macedo. A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. *A supremacia dos mercados e a política econômica do governo Lula*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 335.

49 Segundo Glaucio Faria, em 2007 foi implantado na Caixa Econômica Federal um novo modelo de gestão com o conceito de que, sendo uma instituição pública, havia requisitos básicos com que a instituição deveria cumprir. “O primeiro deles era democratizar o acesso ao crédito, o segundo, trabalhar com as menores taxas do mercado que possibilitassem o acesso à população de baixa renda aos serviços bancários. Na área do microcrédito, por exemplo, a Caixa conta com cinco produtos distintos voltados para a população excluída do sistema financeiro tradicional, e emprestou 1,1 bilhão de reais por meio de 3,5 milhões de contratos no ano de 2008, um salto de 63,61% em relação ao montante emprestado em 2007. São programas como o Crédito Caixa Fácil Rotativo, que em 2008 contabilizava mais de 2 milhões de pessoas com empréstimos pré-aprovados, equivalentes a mais de 400 milhões de reais em limites disponíveis. (...) Naquele que foi o principal desafio da instituição, a ampliação do crédito, o resultado foi também positivo. O crédito à pessoa física mais que dobrou entre 2003 e 2008; o crédito à pessoa jurídica mais que quintuplicou, assim como na habitação, que praticamente quintuplicou o acesso das pessoas ao crédito habitacional.” FÁRIA, Glaucio. *O governo Lula e o novo papel do Estado brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 44.

50 O mesmo se deu em relação ao Banco do Brasil. Na explicação de Glaucio Faria, o então ministro da Fazenda, Guido Mantega, avaliou em 2009 que “(...) o grande mérito do BB foi emprestar mais com taxas de juros menores contrariando a tática dos bancos privados de diminuir o crédito e elevar o chamado spread (diferença entre os juros cobrados pelos bancos nos empréstimos a pessoas físicas e jurídicas e as taxas pagas pelos bancos aos investidores que colocam seu dinheiro em aplicações do banco)”. Segundo esse autor, “(...) a elevação da taxa de oferta de crédito se deu com um nível de inadimplência menor do que a média do setor financeiro, preservando os padrões de eficiência”. FÁRIA, Glaucio. *O governo Lula e o novo papel do Estado brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 47.

Os bancos adotaram ainda uma expansão de suas redes de correspondentes bancários, tais como farmácias, mercados e lojas de material de construção, habilitados a prestar serviços financeiros, com vistas ao aumento do financiamento das famílias, o que redundou na quase duplicação do número desses correspondentes bancários, saltando de 24.709 em dezembro de 2002, para 40.411 em junho de 2006⁵¹.

O resultado mais expressivo desse processo foi uma aceleração no consumo das famílias, que cresceu no segundo governo de Lula a uma taxa muito superior à registrada nos primeiros quatro anos de seu governo, com a adoção de todas essas medidas pró-consumo, verificando-se um claro aumento da relação consumo/PIB.

Entretanto, já em 2012, no governo Dilma Rousseff, começaram a ser tomadas medidas de contenção da oferta de crédito, prenuncio de uma crise recessiva avassaladora que tomou conta da economia brasileira. As medidas adotadas incluíram a elevação da taxa de juros e de controle dos gastos públicos na tentativa de controle da inflação. A crise somente se aprofundou, sendo que em 2015 o PIB diminuiu em 3,8%, com o pior resultado em 25 anos e o número de desempregados atingiu a média de 9 milhões de cidadãos em idade produtiva⁵². Em 2016 os indicadores econômicos continuaram no que os economistas classificam como uma economia estagnada, com o PIB retraindo-se na casa dos 3% e o desemprego chegando à casa de 11,6% dos cidadãos em idade economicamente ativa, o que significa uma população de 11,8 milhões de pessoas sem emprego. O Desemprego em patamares dessa magnitude tem consequências sociais graves e de longo prazo, pois a inadimplência das famílias tende a aumentar e comprometer ainda mais a possibilidade de consumo de crédito em situações futuras.⁵³

É necessário, entretanto, que se tenha em mente que o endividamento, por si só, não é um problema, na medida em que representa a outra face do crédito, indispensável ao fomento das economias modernas. O endividamento é um fenômeno comum na so-

51 CINTRA, Marcos Antônio Macedo. A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. *A supremacia dos mercados e a política econômica do governo Lula*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 338.

52 Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/03/pib-do-brasil-cai-38-em-2015.html>>. Acesso em 26/01/2017.

53 Segundo dados da CNC, em pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor, o percentual de famílias com dívidas diminuiu em maio de 2016 se comparado ao mesmo período de 2015. Em maio de 2015 o total de endividados chegou ao patamar de 62,4% e em maio de 2016 esse percentual caiu para 58,7%. Não obstante essa queda, o número de famílias que declararam não ter condições de pagar suas contas em atraso subiu de 7,4% em maio de 2015 para 9,0% em maio de 2016. A mesma pesquisa apontou que o número de famílias que se declaram muito endividadas subiu de 12,5% em maio de 2015 para 14,9% em maio de 2016. Ou seja, ao que tudo indica, apesar de medidas de contenção na concessão de crédito ao consumidor, um cenário de recessão econômica e de altos índices de desemprego agravou o problema do superendividamento, sobretudo entre as famílias de menor renda. Disponível em <www.cnc.org.br>. Acesso em 27/01/2017.

cidade de consumo e na democratização do crédito. Segundo Cláudia Lima Marques, “para consumir produtos e 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 da mesma moeda⁵⁴, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes como o Brasil⁵⁵”.

O crédito, quando contratado em situação de estabilidade financeira e laboral, permite o acesso a bens e serviços que melhoram a qualidade de vida dos indivíduos e das famílias, permitindo a inclusão de pessoas de baixa renda mensal na sociedade de consumo. Para Maria Manuel Leitão, se o endividamento “ocorrer em contexto de crescimento econômico, de estabilidade de emprego e, sobretudo, se não atingir as camadas sociais com rendimentos próximos do limiar de pobreza, é apenas um processo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o aumento do bem-estar das famílias⁵⁶”.

O problema em relação ao endividamento é que, conforme adverte Catarina Frade, “há sempre o risco de algo correr mal, de sobrevir algo na vida do devedor que o impeça de continuar a cumprir os seus compromissos financeiros. Nesta situação, o sobreendividamento ou insolvência torna-se inevitável, como se verifica na situação econômica brasileira atual.

Num contexto com o descrito, avulta a importância do debate acerca da prevenção e tratamento do superendividamento no Brasil. No próximo tópico serão apresentados os aspectos mais importantes na conceituação do superendividamento no Brasil e os avanços das discussões legislativas sobre o tema.

54 A autora esclarece que crédito e consumo são duas faces da mesma moeda, mas que se trata de “(...) uma moeda da sorte... mas também do azar... Podemos usar a figura de linguagem da moeda para afirmar que esta moeda de duas faces ‘consumo/crédito’ sorri somente quando está na vertical, girando e mostrando suas duas caras ao mesmo tempo: é bom para todo mundo, para a sociedade em geral, pois a economia ‘sorri’. É bom para o consumidor, que também é incluído no mundo do consumo. Mas o equilíbrio deste movimento é difícil, e na sociedade de consumo de massas, sempre uma moeda ou outra vai desequilibrar-se e cair: o consumidor não paga o crédito, não consome mais, cai no inadimplemento individual (ou insolvência civil), seu nome vai para o SPC, SERASA... aqui a dívida vira um problema dele e de sua família, sua ‘culpa’ ou fracasso... mas quando muitas moedas caem ao mesmo tempo, uma crise na sociedade é criada, as taxas de inadimplemento sobem, sobem os juros, os preços, a insolvência, cai a confiança, o consumo, desacelera-se a economia... uma reação em cadeia...”. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de e BERTONCELLO Karen. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de investigações científicas*, Brasília, DPDDC/SDE, v. 3, 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/arquivos-publicacoes/2010caderno_superendividamento.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

55 MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 9.

56 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

| 1.3 O fenômeno do superendividamento: bases para sua conceituação

O superendividamento é um problema multidisciplinar, pois, além dos problemas financeiros decorrentes dos débitos pendentes, existem questões psicológicas, emocionais e sociais que demandam tratamento por especialistas de diversas áreas do conhecimento. Para André Perin Schmidt Neto, “o ciclo vicioso das dívidas deve ser tratado desde a parte financeira até a autoestima do superendividado, a fim de mantê-lo integrado à vida em sociedade⁵⁷”.

O aspecto inicial que merece registro no tocante ao significado de superendividamento é que seu uso corrente está atrelado a uma noção de passividade na relação obrigacional, de modo que, em princípio, “superendividado é aquele que possui muitas dívidas, é aquele que compõe o polo passivo de diversas prestações, podendo ou não vir a adimpli-las⁵⁸”. Essa definição, entretanto, não revela muito acerca da natureza jurídica e pressupostos para caracterização do fenômeno. Isso porque a depender da forma como se constrói a imagem do sujeito superendividado e seu papel no mercado vai variar também definição, a legislação e os mecanismos de tratamento do superendividamento⁵⁹.

57 Para o autor, “(...) além dos problemas naturais do débito pendente o superendividado sofre com dramas psicológico-emocionais, familiares e sociais que o leva desde o alcoolismo até, em casos mais graves, ao suicídio. Até a criminalidade está associada com o superendividamento e o consumismo, e não apenas nos crimes familiares, mas mesmo antes de se superendividar. O desejo pelos objetos oferecidos pela mídia, aliados à possibilidade de aquisição de uns, e o esbanjo de outros frutos da desigualdade social, gera onda de crimes que se está presenciando”. SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 218.

58 GIANCOLI, Bruno Pandori. *Superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 120.

59 Iain Ramsay William Whitford e Johanna Niemi-Kiesilainen resumem a discussão ao apresentarem os debates acerca da regulamentação do mercado de crédito em várias partes do mundo. Informam os autores que o debate está emoldurado por duas estratégias de regulação, que variam entre a liberação do mercado de crédito e o empoderamento do consumidor e uma regulação de um procedimento que promova ao mesmo tempo a garantia de concessão de crédito ao consumidor e a justiça e segurança dos contratos de crédito ao consumidor, sugerindo que este contraste revela de um lado o modelo americano e o modelo alemão de outro. Esclarecem que “*The neo-liberal approach favors extensive disclosure to consumers, and protection against unfair surprise in contracts. It relies primarily on the market to Police credit provision but recognizes the need for responsible lending and borrowing: financial literacy is intended to achieve the latter goal. Extensive consumer credit reporting is viewed as a central part of the institutional framework of the market. Accessible bankruptcy procedures provide a “fresh start” for consumers so that they can re-enter the credit economy. The World Bank has adopted the broad lines of this approach in its development of “Best practices” in consumer financial protection. In contrast the “social” model is based on the image of the “hasty and need consumer, forced into contractual relations by social circumstances. He cannot control. Social consumer protection in credit markets includes “usury ceilings capped default interests rates, protection against early termination and discharge, with warnings and information on debt.*” Eifner also argues that consumer credit Law provides a potential relation model of consumer Law which reorganizes the to provide opportunities for contractual adjustment to unforeseen hanges such as loss as employment.” RAMSAY, Iain; NIEMI, Johanna e WHITFORD, William C. *Consumer credit, debt and bankruptcy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2009, p. 4.

Cláudia Lima Marques informa que o endividamento crônico dos consumidores — primeira das expressões que designa o fenômeno — recebe muitos nomes: em Portugal, recebe o nome de sobreendividamento, “a esclarecer o extra (sobre) do endividamento que é possível suportar com o orçamento mensal dos consumidores, denominação de inspiração anglo-saxã, *over-indebteness* (EUA, Reino Unido, Canadá)⁶⁰”. No Brasil recebeu o nome de superendividamento, “a destacar que é um endividamento superior ao normal e às possibilidades do orçamento mensal dos consumidores, baseado na expressão francesa, *surendettement* (França) e na germânica *Überschuldung* (Alemanha)⁶¹”.

O endividamento pode gerar o inadimplemento ou incumprimento da obrigação, mas é um conceito que com ele não se confunde. O inadimplemento ocorre quando a obrigação assumida não é cumprida de modo voluntário ou quando há a impossibilidade de o devedor fazê-lo⁶². Na visão de Catarina Frade, “o incumprimento não implica necessariamente incapacidade, mesmo temporária, de o devedor proceder ao pagamento. No limite, pode tratar-se de uma decisão puramente oportunista por parte do devedor baseada num cálculo de custo-benefício do incumprimento⁶³”. Assim, o endividamento só se torna um problema quando ocorre o inadimplemento, “agravando-se a situação quando os rendimentos do agregado familiar não comportam os seus compromissos financeiros, isto é, quando existe sobreendividamento⁶⁴”.

Estabelecer um conceito preciso de superendividamento é de extrema importância para qualquer estudo ou política pública sobre o tema, pois a delimitação conceitual do termo é necessária para determinar “quem pode aceder e quem é excluído do sistema⁶⁵”. Clarissa Costa consigna que há mais de uma possibilidade de definição do superendividamento e mais de um critério que permite sua identificação, sendo comum às definições “a impossibilidade do devedor de pagar todas as suas dívidas, atuais e

60 MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.13.

61 MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.14.

62 Um estudo mais detalhado do inadimplemento obrigacional e suas novas formas à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato e a relação com o superendividamento do devedor será realizado no próximo capítulo.

63 FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 15.

64 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 16.

65 FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 16.

futuras com seu patrimônio e seu rendimento”. Os modelos apontados se dividem em três: o modelo administrativo, o modelo objetivo e o modelo subjetivo⁶⁶.

Segundo Catarina Frade, o conceito objetivo de superendividamento é estabelecido por uma análise puramente contábil das dívidas e rendas de um indivíduo ou agregado familiar (resultado das despesas e receitas). O conceito subjetivo compreende não apenas uma apreciação objetiva da incapacidade financeira do devedor, mas também da sua incapacidade de mobilizar meios de terceiros que possam suprir a sua própria insuficiência de rendimentos.

Isso justifica, segundo a autora, o fato de ser possível “encontrar um devedor que objectivamente está sobreendividado por as suas despesas excederem as suas receitas, mas que continua a cumprir pontualmente os seus compromissos de crédito graças à ajuda financeira de familiares e amigos (as chamadas redes de solidariedade ou redes sociais)”^{67 68}.

66 Informa a autora que, em estudo realizado na União Europeia, foram identificados três modelos de verificação e comparação do superendividamento em diferentes países: o modelo administrativo, o modelo objetivo e o modelo subjetivo. “O modelo administrativo utiliza registros oficiais de inadimplemento existentes no Judiciário para medir o superendividamento, como por exemplo, pedidos de falência, execuções infrutíferas. São indicadores fáceis de coletar, mas nem sempre refletem a realidade do superendividamento, porque desconsideram as situações resolvidas de forma alternativa ou consensual que não ficam registradas no Judiciário. Outra dificuldade é o fato de que algumas pessoas podem ser registradas mais de uma vez, quando têm diferentes processos relacionados à mesma dívida. O modelo objetivo ou quantitativo aprecia o superendividamento com base na situação econômica do lar, comparando o total de dívidas com a renda e o patrimônio. Trata-se de um método que dificilmente pode ser utilizado para comparação, pois as dívidas, renda e patrimônio suficiente são distribuídos desigualmente entre a população, ou seja, enquanto alguns têm patrimônio suficiente para pagar dívidas, outros podem ter muitas dívidas e patrimônio insuficiente. O modelo econômico também não consegue acomodar diferenças de ciclos de vida e a respectiva habilidade de alguns lares de suportar altas cargas de dívidas enquanto outros, ainda que com renda semelhante, não conseguem o mesmo resultado. O modelo subjetivo define e mede o superendividamento de acordo com a percepção dos próprios devedores acerca da sua capacidade de reembolsar as dívidas vincendas, isto é, se sente que a sua renda conseguirá suportar a alta carga de dívida acumulada. Trata-se de critério mais aberto que o critério administrativo e objetivo, porque inclui situações que não constam das estatísticas oficiais. Existem lares com sérios problemas de endividamento que conseguiram pagar suas dívidas, porque recorreram a empréstimos com parentes entre outros que fizeram grandes sacrifícios para pagar as dívidas, reduzindo o consumo ao mínimo. O critério subjetivo tende a abarcar essas situações e, por isso, tende a apresentar índices de superendividamento mais elevados.” Niemi-Kiesiläinen, Johann; Henrikson, Ann-fe. *Legal solutions to debt in credit societies: a report to the council of Europe*. Apud LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 34-35.

67 FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 16.

68 É neste contexto que Maria Manuel Leitão Marques aponta a importância de dois indicadores muito importantes para a interpretação dos indicadores sociais ligados ao tema do superendividamento que são o rácio de endividamento e o grau de esforço dos particulares. “O primeiro é um indicador da importância do endividamento na economia. Pode ser definido como o rácio entre o montante total do crédito ainda por liquidar (também designado por saldos de dívida) e o rendimento disponível aos particulares. Por vezes, é expresso pela relação percentual entre os saldos e o produto interno bruto (PIB). O grau de esforço é dado pelo rácio entre o serviço da dívida — juros mais amortização do(s) empréstimo(s) — e o rendimento disponível, num determinado período. Assim, os elementos importantes para a análise da sustentabilidade do crescimento do crédito e da capacidade de solvência dos particulares são o grã de esforço e a sua evolução e não o rácio do endividamento.” Com isso, conclui que um rácio de endividamento elevado não implica necessariamente sobreendividamento. Essa definição é muito importante na avaliação dos indicadores socioeconômicos sobre superendividamento no Brasil, como será apresentado no próximo tópico.” MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 3.

Diante da existência dos múltiplos modelos de avaliação da situação de superendividamento, conforme visto anteriormente, não surpreende que existam definições diferentes do fenômeno. Maria Manuel Leitão Marques esclarece que o superendividamento, também designado por falência ou insolvência do devedor, “refere-se a situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que eles se tornarem exigíveis⁶⁹”.

No Brasil, na esteira da legislação francesa, Cláudia Lima Marques define o superendividamento como “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo, de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”.

A doutrina distingue ainda o superendividamento em passivo e ativo. O primeiro caso ocorre quando “circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento⁷⁰”. O superendividamento ativo ocorre quando o devedor toma crédito além de suas possibilidades de pagamento, “não planejando os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de crédito em relação aos rendimentos efectivos e esperados⁷¹”.

Quanto ao superendividamento ativo, este pode ser ainda classificado em consciente e inconsciente, sendo que este último ocorre quando o devedor que, de boa-fé, por acreditar que conseguiria cumprir a obrigação assumida, não soube calcular o impacto da dívida no seu orçamento, porque não foi “previamente informado dos encargos da contratação” ou que teve “acesso ao crédito concedido de forma irresponsável pelo fornecedor de crédito^{72 73}”. Já o superendividamento ativo consciente exclui a incidência do tratamento dispensado aos demais casos justamente porque o devedor contraiu o débito sem a intenção de realizar o pagamento, agindo de má-fé.

69 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

70 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

71 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

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

73 André Perin Schmidt Neto aponta como um parâmetro de aferição do superendividamento ativo inconsciente o analfabetismo funcional, pois “(...) caso a análise da situação individual do consumidor demonstre que tal relação social de consumo era demasiadamente complexa para o nível cultural daquele consumidor, tem-se, em princípio, um superendividado ativo inconsciente”. SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 256.

Tornar-se superendividado é geralmente um processo, e um devedor pode até incorrer nessa situação do dia para a noite, mas dificilmente um evento singular muda a vida do indivíduo ou da família de seu padrão normal para a situação de superendividamento⁷⁴. Muita literatura já se produziu acerca das causas do superendividamento, sendo que frequentemente as causas apontadas se subdividem em eventos inesperados e imprevisíveis de um lado e endividamento excessivo de outro. Acresça-se que, do ponto de vista psicológico, existem algumas tendências comportamentais poderosas que impelem o devedor a se embrenhar cada vez mais no endividamento excessivo.

Jason Kilborn ressaltou algumas dessas tendências, com destaque para três principais: (a) tendência a uma “comprometedora superconfiança” — “as pessoas sistematicamente subestimam suas próprias chances de sofrerem um evento adverso, mesmo se compreendem perfeitamente bem, ou mesmo se exageram as probabilidades de os outros virem a sofrer o mesmo destino (isto não vai acontecer comigo)⁷⁵”; (b) tendência a supervalorizar benefícios e custos imediatos e a desvalorizar benefícios e custos posteriores — essa tendência vale não somente para consumo de crédito, mas para outras condutas arriscadas como consumo de cigarros ou de comida gordurosa.

É o que Eduardo Gianetti chama de “desconto hiperbólico”, quando a capacidade de espera cai acentuadamente em função da proximidade daquilo que se deseja: “o valor do presente em relação ao futuro — o desconto do futuro — aumenta de forma desproporcional à medida que o momento de saciar uma necessidade ou desejo se avizinha⁷⁶”. Assim, os indivíduos tendem a supervalorizar as vantagens instantâneas e a minimizar os custos futuros, principalmente por conta de uma “limitada força de vontade” em abster-se da atividade de risco.

Kilborn destaca que a limitada força de vontade e o desconto exagerado dos riscos futuros são frequentes nas operações de crédito rotativo, como cartão de crédito e, “mesmo se o consumidor compreender os presentes custos potenciais dos empréstimos em excesso, baseado numa renda futura, quando for chegado tempo de escolher entre comprar algo

74 NIEMI-KIESILAINEN, Johanna. *Overindebt households and law: prevention and rehabilitation in Europe*. In RAMSAY, Iain; NIEMI, Johanna e WHITFORD, William C. *Consumer credit, debt and bankruptcy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2009, p. 91.

75 KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

76 GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã. Ensaio sobre a natureza dos juros*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 38.

a crédito ou guardar o valor, os descontos exagerados empurrarão poderosamente a decisão a favor da compra a crédito⁷⁷; (c) tendência do consumidor a contrair novos empréstimos mesmo se alertado dos riscos — a informação pode ajudar o consumidor somente se ele for capaz de usá-la de maneira precisa, evitando o risco demasiado, sugerindo que todos os esforços *ex ante*, para fornecer mais informações sobre os riscos dos empréstimos em demasia pouco influenciarão o superendividamento dos consumidores⁷⁸

Os efeitos do superendividamento, de igual forma, são muitos. O primeiro efeito do superendividamento das famílias é a dificuldade de subsistência e manutenção da qualidade de vida do indivíduo e de sua família. Quer o superendividamento advenha da acumulação de muitos débitos, quer advenha das vicissitudes da vida, gera a exclusão social do devedor, sendo fonte de angústia existencial, distúrbios e doenças psicossomáticas.

Estudo realizado por Catarina Frade e Sara Magalhães em Portugal aponta três atitudes e comportamentos mais comuns entre os indivíduos sobreendividados, que são: (a) a vergonha e a culpa, demonstradas por meio de “apatia na voz e nos movimentos, o choro frequente e uma expressão de cansaço e desânimo”; (b) o sentimento de vergonha e culpa é forte também em relação aos filhos, muitas vezes resultado da “sensação de fracasso na liderança de uma vida familiar estável e equilibrada”, fazendo com que muitos dos superendividados procurem manter os filhos o mais afastados possível das dificuldades financeiras que atravessam; e (c) o superendividamento gera graves consequências na socialização dos devedores. Os indivíduos superendividados sofrem, com frequência, uma “reconfiguração de suas relações sociais”, ora tentando esconder dos amigos os problemas financeiros que enfrentam, ora se afastando do convívio social, para encobrir os sentimentos de vergonha e insegurança, diante da impossibilidade de manter o antigo padrão⁷⁹.

As autoras consignam que, quando o superendividamento é associado à perda do emprego, sobrevêm sentimentos de baixa autoestima e degradação da afetividade, concluindo que:

77 KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 78.

78 KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

79 FRADE, Catarina e MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 27, 29 e 30.

“(...) a incapacidade de continuar a controlar a origem do rendimento e a progressão da despesa não se esgota numa pura questão financeira. Já se sublinhou existir, em muitos casos, uma espécie de exílio social no que diz respeito às relações de amizade. As consequências do sobreendividamento para os agregados familiares, sobretudo quando associado ao desemprego, requalificam não só as relações sociais e as relações com os filhos, mas também as relações conjugais.”⁸⁰

As conclusões de estudo realizado no Canadá acerca das consequências do estresse financeiro em relação aos indivíduos, às famílias e à sociedade não diferem substancialmente das apresentadas pelas autoras portuguesas. A principal faz com que as pessoas fiquem mais vulneráveis a sérias doenças psicológicas e depressão, sendo que esta não se caracteriza como um sentimento de melancolia tão somente, mas provoca consideráveis mudanças emocionais, motivacionais, cognitivas e neurológicas. A depressão decorrente do superendividamento provoca ainda outras consequências, como pessimismo em relação ao futuro, aumento do uso de drogas e álcool, brigas familiares, insatisfação com o casamento, problemas na criação dos filhos, entre muitos outros problemas⁸¹.

Em relação ao Brasil, Clarissa Costa revela que “o estresse e a tensão decorrentes dos problemas financeiros repetiram-se para alguns consumidores que participaram do projeto de tratamento de situações de superendividamento no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul⁸²”, catalogando experiências interessantes sobre os efeitos do superendividamento na vida dos indivíduos e das famílias. Além disso, a autora aponta como efeito do superendividamento o fato de o superendividado tornar-se menos produtivo, o que compromete não só a situação do sujeito, mas o cenário econômico geral.

80 FRADE, Catarina e MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

81 DAVIS, Christopher e MANTLER, Janet. *The consequences of financial stress for individuals, families and society*. Centre for Research of Stress, Coping and Well-being. Carleton University, pp.23-24, Mar. 2004.

82 A autora traz impactantes casos de devedores superendividados atendidos no programa que valem a pena ser transcritos: “O consumidor Antônio tomou conhecimento do Projeto de Tratamento do Superendividamento no consultório médico, quando buscava ajuda para as dores de cabeça e enjoos decorrentes do estresse e da tensão gerados pela cobrança de dívidas que se acumulavam em razão dos altos juros. A consumidora Marisa, em razão de problemas financeiros, ficou sem energia elétrica por mais de um ano em sua residência e dependia do auxílio dos vizinhos para sustentar três dependentes. A consumidora Sílvia estava em aparente sofrimento psíquico por temer que o marido soubesse que estava superendividada com o cartão de crédito e narrou que ‘ele não pode saber que estou devendo’, ‘não sei como esconder, se ele descobre que faltei ao trabalho e estou vindo aqui’, ‘se meu esposo souber ele vai me matar’, ‘ele dá o exemplo, não tem cartão de crédito’. O consumidor Tadeu tinha quase todo o salário descontado pelo empréstimo consignado, restando-lhe somente R\$ 30,00, o que inviabilizava o sustento da família e, sobretudo, o pagamento dos remédios para o filho que sofria de paralisia cerebral e epilepsia.” LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

Isso porque o devedor, nesses casos, tende a ter uma atitude menos empreendedora no sentido de buscar um aumento para sua renda, quando o esforço seria revertido em favor dos credores, aumentando ainda o risco do superendividado abrigar-se na “economia informal para evitar seus credores ou de passar a depender de benefícios custeados pelo Estado⁸³”.

Existem dois grupos de medidas que podem ajudar a situação do sujeito superendividado. O primeiro grupo de medidas diz respeito à prevenção do fenômeno, que incluem ações de educação financeira, aconselhamento de dívida e informação clara sobre as consequências da tomada de crédito. O segundo grupo de medidas diz respeito à regulação e ao tratamento do superendividamento.

Catarina Frade chama atenção para o fato de que durante muito tempo o risco de insolvência do devedor era considerado como um tema essencialmente privado, que deveria ser prevenido e tratado no âmbito da responsabilidade contratual. A democratização do acesso ao crédito, possibilitando o acesso de diferentes extratos socioeconômicos a esse serviço, agregada a outros fatores como a necessidade de se controlar o risco sistêmico de insolvência e de controlar as despesas públicas nas áreas de justiça, emprego, habitação, programas sociais e saúde, levaram à publicização da regulação desses riscos, impondo aos governos a responsabilidade de legislar sobre a matéria.

Dessa forma, “tanto as medidas de prevenção como os sistemas de tratamento do sobreendividamento pretendem controlar, *ex ante* ou *ex post*, os riscos envolvidos no endividamento e no recurso ao crédito, e minimizar seus efeitos negativos econômicos e sociais⁸⁴”. A principal estratégia de prevenção do superendividamento é a informação de todos os dados atinentes à contratação, para que o consumidor possa avaliar sua escolha da maneira que mais lhe atenda aos interesses e à sua capacidade financeira.

Dos modelos estrangeiros de regulação de crise de solvência de devedores pessoas físicas, dois tem ocupado o centro dos debates no Brasil. O modelo adotado pelos países da *Common Law* tem por base a noção de que o superendividamento é uma falha de mercado, e

83 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

84 As autoras esclarecem que o que está em jogo não é eliminar o risco, pois sobre o tema não há falar-se em risco zero, mas em riscos toleráveis. Assim, o que se busca é gerenciar o risco do superendividamento. FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 33.

não uma falha pessoal do devedor. Trata-se de um modelo de índole mais liberal, cuja preocupação é a reinserção do devedor superendividado no mercado, e as soluções para prevenção e tratamento, em linhas gerais, não privilegiam o aspecto educativo do processo, não dão importância para a boa-fé nem para as razões que levaram ao superendividamento, não importando se as razões foram alheias ou não à vontade do devedor.

Segundo Clarissa Costa de Lima, a preocupação principal desse sistema não é a dignidade pessoal do devedor, mas o bom funcionamento do mercado. Esse sistema “permite o ingresso de todos devedores que se encontrem com alguma dificuldade de honrar seus compromissos. Estejam ou não de boa-fé, a recuperação dos superendividados é importante, para que não se tornem dependentes dos benefícios sociais do Estado, para que possam participar do mercado e trazer bons resultados para a economia⁸⁵”.

O padrão europeu identifica-se com planos de pagamento e reeducação dos devedores em relação às responsabilidades assumidas, pois interpreta o superendividamento como “uma falha pessoal dos devedores⁸⁶”, e não do mercado. Assim, há grande ênfase no aspecto educativo do processo de prevenção e tratamento, privilegiando-se a um só tempo a manutenção da dignidade pessoal do devedor e sua família, mas de igual forma a responsabilidade do devedor pelas dívidas contraídas, respeitando-se o sistema contratual baseado no princípio do *pacta sunt servanda*. Importa também que o devedor esteja de boa-fé, pois o processo de tratamento do superendividamento caracteriza-se, sobretudo, como uma forma de combate à exclusão social⁸⁷.

Johanna Nieme-Kiesiläinen afirma que o padrão americano e o europeu diferem não só em relação aos detalhes das leis que regulam a falência do consumidor, mas em relação a orientações paradigmáticas fundamentais. Segundo a orientação liberal, que

85 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

86 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

87 Geraldo de Faria Martins da Costa relata que a lei francesa de luta contra a exclusão social de 29/07/1998 estabelece que “(...) a luta contra a exclusão social é tida como ‘um imperativo nacional fundado sobre o respeito da igual dignidade de todos os seres humanos e uma prioridade do conjunto das políticas da nação’: Em seu art. 1º, a lei estabelece como objetivo ‘garantir sobre o conjunto do território o acesso de todos aos direitos fundamentais nos domínios do emprego, da moradia, da justiça, da educação, da formação e da cultura, da proteção da família e da infância’. O autor salienta que as comissões departamentais de tratamento de situações de superendividamento francesas passaram a receber um número crescente de pedidos de famílias sem recurso que não se utilizaram do crédito para consumo, mas que, ainda assim, não dispunham de condições para o pagamento de despesas corriqueiras como aluguel, energia ou impostos, afirmando que o superendividamento tornou-se um espelho da exclusão social (*mirror de l'exclusion*). COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 108-109.

caracteriza a matriz americana, credor e devedor são vistos basicamente como atores do mercado, mesmo em situação de falência do devedor.

Essa visão deixa espaço no processo de falência para a negociação entre o devedor e os credores individuais e para o tratamento privilegiado de muitos credores, favorecendo a escolha do devedor em relação ao procedimento a ser tomado, principalmente considerando seus custos e benefícios. O modelo liberal considera que o padrão racional de comportamento dos atores no mercado é o maximizador do bem-estar da teoria microeconômica⁸⁸.

O padrão do Estado Social, por sua vez, parte das necessidades sociais do devedor, e a sua reabilitação é somente uma das políticas possíveis nas leis de ajustamento de débitos. Condutas irresponsáveis ou fraudulentas impedem o acesso do devedor ao processo de renegociação das dívidas, assim como inexistem exceções individuais a credores⁸⁹.

Diante da existência dos múltiplos modelos de avaliação da situação de superendividamento, conforme visto anteriormente, não surpreende que existam definições diferentes do fenômeno. Maria Manuel Leitão Marques esclarece que o superendividamento, também designado por falência ou insolvência do devedor, “refere-se a situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que eles se tornarem exigíveis⁹⁰”.

No Brasil, apesar de não existir legislação regulando a matéria, a tendência é que se adote o modelo francês de regulação do superendividamento e a definição mais aceita pela doutrina especializada sobre o assunto é a de que **se trata de uma situação estrutural, global, de impossibilidade de cumprimento de obrigações assumidas, sem o grave comprometimento da subsistência do devedor**.

No próximo tópico, serão analisadas propostas internacionais de tratamento do superendividamento e os modelos regulatórios francês e norte americano de modo a oferecer subsídios para um debate acerca da regulação mais apropriada para o caso brasileiro.

88 Um estudo mais aprofundado entre a relação da análise econômica do direito no tratamento do superendividamento em confronto com uma perspectiva distributiva será realizado no capítulo III.

89 NIEMI-KIESILAINEN, Johanna. *Collective or individual? Constructions of debtors and creditors in consumer bankruptcy*. In NIEMI, Johanna, RAMSAY, Iain; and WHITFORD, William C. *Consumer bankruptcy in global perspective*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2003, p. 59.

90 MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 2.

2. Tratamento internacional do superendividamento

| 2.1 Modelo Norte Americano

Como exemplo de regulação do tratamento do superendividamento típico dos países da *Common Law*, nos Estados Unidos é permitida a falência pessoal do devedor — pessoa física, pois, ao contrário do sistema francês, o que norteia o processo nos EUA é a “ideia de conceder ao devedor uma segunda chance, uma oportunidade de recomeçar sem o peso das dívidas pretéritas^{91 92}”. O direito de falência é estendido a todos os devedores com dificuldades de pagamento de suas dívidas, independente de classe social. Não há necessidade de avaliação dos motivos que levaram ao superendividamento (se ativo ou passivo) e não pressupõe um valor mínimo da dívida nem que o valor das dívidas seja superior ao valor dos bens do devedor.

Existem dois procedimentos possíveis em relação ao perdão no processo de falência americano, cuja escolha cabe ao devedor. O primeiro é feito com base no capítulo 7 da lei de falências, que é concedido no início do procedimento, após a liquidação dos bens livres e desimpedidos do devedor e o produto da venda rateado igualmente entre os credores. Sendo o saldo obtido insuficiente, o restante das dívidas é perdoado. Não existindo bens livres e desembaraçados para a venda, as dívidas são perdoadas já no início do procedimento de falência.

Clarissa Lima pontua que o perdão imediato e incondicional acaba sendo a regra no capítulo 7, tendo em conta que a maioria dos devedores não possui bens, mas tão somente o rendimento fruto do trabalho. Assim, “o perdão total das dívidas impede os credores

91 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

92 Douglas R. Rendleman assim resume a filosofia *fresh start* americana: “(...) medidas como o perdão fazem a economia avançar porque os devedores com ‘novos começos’ estão melhor habilitados a participar na economia do crédito. O perdão libera o devedor psicologicamente. O devedor condenado a passar o resto de sua vida trabalhando para seus credores antigos é desencorajado a tentar acumular qualquer propriedade, e o motivo que leva muitos homens a esforço de produção pode assim ser destruído. Assim a falência permite um novo começo, livre das obrigações e responsabilidades decorrentes de infortúnios de negócios, sem entrave pela pressão e desencorajamento da dívida preexistente”. Apud LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 105-106.

de avançar no rendimento dos devedores para recuperar seus créditos, e os devedores, liberados da obrigação de reembolso, podem utilizar livremente seu rendimento, destinando-o para suas necessidades pessoais e até mesmo para novos investimentos⁹³”.

O segundo procedimento possível é feito com base no capítulo 13 da lei de falência, caso em que o perdão ocorre após o cumprimento de um plano de pagamento de parte das dívidas. Esse procedimento, também denominado *wage earner's plan*, possibilita que devedores sem patrimônio, mas com renda fixa, estabeleçam planos de pagamento total ou parcial do débito, no período de três a cinco anos. O montante a ser reembolsado dependerá da renda do devedor, apurado com base na diferença entre a renda e as despesas correntes⁹⁴. A vantagem desse procedimento é que ele permite a manutenção de alguns bens pelo devedor. Em caso de descumprimento do plano de pagamento, os credores ficam liberados para tentar reaver seus créditos, a não ser na hipótese em que o descumprimento se der por motivos alheios à vontade do devedor⁹⁵.

A educação financeira é obrigatória desde 2005 para obtenção do perdão das dívidas, impondo ao devedor a obrigação de frequência ao *Credit Counseling* antes de pedir falência, sob pena de extinção do processo e, ainda, deve frequentar a um curso de educação financeira durante o processo como condição para obter o perdão das dívidas no capítulo 7 ou no capítulo 13⁹⁶.

O sistema americano não vê no superendividamento um problema social, mas uma questão relativa ao mercado capitalista. Já o sistema europeu, notadamente o francês, trata a questão como um problema social, mas o que se observa, como se verá adiante, é certa convergência dos sistemas, na medida em que ambos permitem tanto a realização de um plano de reembolso das dívidas, quanto o perdão delas, ainda que por razões distintas e partindo de paradigmas diferentes sobre a questão. No mesmo sentido, Michele Dickerson afirma que:

93 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

94 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

95 Clarissa Lima consigna que, nessa hipótese de evento imprevisto, o devedor pode pleitear que o Judiciário modifique o plano para atender à capacidade econômica do devedor e, quando essa modificação for insuficiente, pode postular o perdão (*hardship discharge*), que será concedido se os credores tiverem recebido ao menos a importância que receberiam no capítulo 7 com venda dos bens livres e desimpedidos. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

96 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

“(...) the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA), enacted by the U.S. Congress in 2005, significantly change the U.S. Bankruptcy Code and moved U.S. Consumer law closer philosophically to the European concept of an ‘earned’ rather than ‘fresh satar’. European consumer debt adjustment systems appear to be designed to give consumers to modify their spending habits and to make wiser spending choises, but also to force them to live with the economic consequences of unwise choises”.⁹⁷

| 2.2 Modelo Francês atualizado

No direito francês, o superendividamento é caracterizado⁹⁸ como a manifesta impossibilidade do devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e vincendas, nos termos do art. L.331-2 do *Code de la Consommation*⁹⁹. A boa-fé do devedor no sistema francês é presumida, sendo que tal presunção não é abalada pela acumulação de outros créditos, mesmo que numerosos, pois o que caracteriza o superendividamento é justamente a acumulação de dívidas, principalmente se as dívidas advêm de revezes impostos pela vida sem a concorrência do devedor.

O ônus da prova da inexistência de boa-fé pertence aos credores e às comissões, de modo que “para que a demanda não seja admitida estes precisam provar a má-fé do devedor¹⁰⁰”. A ausência de boa-fé é ligada a um comportamento deliberado, consciente e refletido do devedor, que continua a se endividar mesmo sabendo que não poderá saldar seus compromissos¹⁰¹.

97 DICKERSON, A. Michele. Consumer Over-indebtedness: A U.S. perspective. *Texas International Law Journal*, v. 43:135, p. 144.

98 Interessante observação feita por Geraldo de Faria Martins Costa sobreleva que no direito francês o superendividamento não é definido, mas caracterizado pela impossibilidade de pagamento do consumidor de boa-fé em relação às suas dívidas não profissionais, exigíveis e a vencer. COSTA, Geraldo de Faria Martins. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 232.

99 Art. L. 331-2. - *La procédure de règlement amiable est destinée, par l'élaboration d'un plan conventionnel approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers, à régler la situation de surendettement des personnes physiques, caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et échoir.*

100 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

101 Geraldo Costa apresenta decisão da Corte de Cassação, na qual estabeleceu que “(...) a noção de boa-fé em matéria de superendividamento implica, em realidade, que seja procurado em relação ao superendividado através dos dados da causa, e isso durante o processo de formação de superendividamento, o elemento intencional que evidencia seu conhecimento deste processo e sua vontade manifesta de não o interromper, mas ao contrário, de agravá-lo, sabendo que à evidencia ele não poderia fazer face aos seus compromissos”. Paris, 11/04/1991, D 1991, IR 208. Apud COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

Segundo Geraldo Costa, nas hipóteses em que o superendividamento ocorre pelo acúmulo excessivo de dívidas, e não em razão dos infortúnios da vida alheios à vontade do devedor, a jurisprudência francesa estabeleceu que a apreciação da boa-fé deveria ser feita caso a caso e a partir de dois parâmetros: se de um lado o comportamento do devedor pode ser desidioso e leviano, de outro, ele pode ter sido vítima de um sistema perverso de estimulação ao consumo.

Dessa forma, foram considerados de boa-fé os consumidores superendividados que, aprisionados por uma espiral de endividamento, agravaram sua situação para pagar dívidas antigas, mas foram considerados de má-fé aqueles que, “deliberadamente, tomaram empréstimos que representavam uma carga nitidamente superior à totalidade de seus recursos ou aqueles que, já em estado de insolvência notória, tomaram empréstimos para efetuar novas despesas¹⁰²”.

O tratamento das situações de superendividamento na França busca, em síntese, estabelecer em favor do devedor um plano que lhe permita resgatar sua situação financeira e sair da condição de superendividado, a partir de novos prazos de pagamento e até de remissão de dívidas. O processo é aberto por ele mesmo, perante uma das comissões de superendividamento de particulares — *Commissions de surendettement*, indicando quem são seus credores e qual a sua situação financeira atual. As comissões têm ampla competência de instrução do processo e de avaliar as condições de admissibilidade da demanda (art. L331-2 do *Code de la Consommation*). Entre as condições de admissibilidade da demanda, Geraldo de Faria Martins da Costa destaca cinco requisitos principais: (a) somente pessoas físicas domiciliadas na França ou francesas domiciliadas no exterior podem demandar; (b) a boa-fé do devedor, que como já foi mencionado anteriormente, é presumida; (c) para a verificação da situação do devedor são consideradas todas as dívidas não profissionais, incluindo dívidas fiscais, de locação, alimentos, derivadas de fiança, encargos da vida corrente, tais como água, luz, seguros, despesas escolares, independentemente de seu caráter contratual ou não, e as dívidas profissionais serão consideradas no momento de elaboração do plano de recuperação do endividado; (d) a impossibilidade manifesta de pagamento das dívidas, não havendo um parâmetro numérico que fixe a partir de quanto o devedor é considerado superendividado, mas a conclusão deve resultar do cotejo entre o passivo e o ativo do devedor, este último incluindo o conjunto de recursos e patrimônio imobiliário; (e) dívidas vencidas e a vencer

102 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

— como superendividamento e insolvência não se confundem, o superendividamento não pressupõe o atraso no pagamento das prestações. O que deve ser considerado é o superendividamento futuro e certo do devedor¹⁰³.

Depois de instituído o procedimento, deve haver uma tentativa de conciliação entre o devedor e seus principais credores, com vistas à elaboração de um plano convencional de recuperação — que pode conter medidas de adiamento ou escalonamento dos pagamentos das dívidas por um período de até oito anos, de redução ou supressão de taxas de juros ou até mesmo do perdão das dívidas¹⁰⁴. Podem ser sugeridas recomendações adicionais pela comissão, tais como suspensão da exigibilidade dos créditos por até três anos ou mesmo a supressão parcial ou total dos créditos, medidas estas que podem ser questionadas pelo devedor ou pelos credores. Em caso de impugnação das medidas, o juiz competente deverá decidir as questões controvertidas¹⁰⁵.

Por fim, no procedimento do superendividamento francês, a lei exige a garantia do *reste à vivre*, ou seja, uma quantia que deve ser destinada ao custeio das despesas da vida cotidiana do devedor. Ensina Geraldo de Faria Martins da Costa que,

(...) que o montante dos pagamentos devidos em virtude do plano convencional de recuperação ou em virtude de uma recomendação dotada de força executiva ou, ainda, de uma decisão do juiz competente deverá deixar ao interessado uma parte dos recursos ao menos equivalente à renda mínima de inserção (RMI) a fim de que ele possa fazer face às despesas da vida cotidiana.”¹⁰⁶

Em 2003 entrou em vigor a Lei Borloo, de 1º/08/2003, que instaurou um novo procedimento de tratamento do superendividamento chamado de *restabelecimento pessoal*. A diferença deste novo procedimento para o já existente reside no nível de gravidade do superendividamento do interessado, pois visa o devedor que “se encontra em uma situação irremediavelmente comprometida caracterizada pela impossibilidade manifesta¹⁰⁷”, ou seja, aquele que não possui bens nem rendimento para o reembolso ao

103 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 116 a 119.

104 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

105 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

106 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

107 PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 1º/08/2003 sobre a cidade e a renovação urbana. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (co-

menos parcial da dívida. Essa modalidade (superendividamento—insolvabilidade) visa, sobretudo, aos casos de superendividamento passivo, relativo aos acidentes da vida e é inspirada na “insolvabilidade notória”¹⁰⁸.

Segundo Gilles Paisant, trata-se da forma mais grave de superendividamento, envolvendo “as pessoas que ‘não dispõem de nenhuma capacidade de reembolso’ e que, a este título, não podem ver sua situação apurada nem por uma reestruturação amigável, nem pelas medidas suscetíveis de serem objeto de uma recomendação tanto ordinária quanto extraordinária”¹⁰⁹. O procedimento, que é sempre judicial e demanda consentimento do devedor, envolve a apuração dos bens, sua liquidação e a distribuição igualitária entre os credores do valor apurado, sendo o restante da dívida perdoado com o restabelecimento pessoal.

Em 1º de julho de 2010, foi editada a Lei 2010-737, que estabeleceu uma reforma na legislação sobre superendividamento no que concerne ao crédito ao consumidor. O art. 1º da lei alterou o art. L-313-3 do Código do Consumidor, para incluir na apuração do superendividamento a “taxa de desgaste”, incluindo mudança na forma de avaliação da situação, com ênfase para a aferição da natureza dos empréstimos contraídos e a criação de um “arquivo positivo”. A lei criou uma série de mecanismos de proteção dos consumidores de crédito, medidas que são, em sua maioria, resultado de aplicação da Diretiva Europeia sobre o assunto.

O art. 3º da lei estabeleceu definições precisas dos atores e categorias jurídicas envolvidas nas operações de crédito, notadamente os conceitos de credor, devedor, intermediário do crédito, contratos de crédito, o custo total do crédito, taxa de juros, entre outras. A lei estabeleceu ainda medidas de supervisão da chamada publicidade agressiva no crédito ao consumo, principalmente criando a obrigação de que os anúncios contenham os principais dados do crédito por meio de um exemplo representativo e proibindo anúncios que sugiram que o crédito melhora a situação financeira ou o orçamento do mutuário. Por fim, a lei determinou que haja menção obrigatória em todos os meios de comunicação

ordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 137-138.

108 PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 1º/08/2003 sobre a cidade e a renovação urbana. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138.

109 PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 1º/08/2003 sobre a cidade e a renovação urbana. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146.

social à advertência de que “um empréstimo é um compromisso que deve ser reembolsado. Verifique sua capacidade de reembolso antes de se comprometer”.

Além dessas medidas, a lei reforçou a obrigação de legibilidade da oferta do crédito e lançou medidas para a concessão do crédito responsável, definindo responsabilidades dos credores em explicação e avaliação da qualidade creditícia dos mutuários. Regulou, de igual forma, o crédito rotativo, de modo a torná-lo mais transparente ao consumidor, alterou a forma de funcionamento das comissões de superendividamento e estabeleceu uma harmonização do cálculo do “*rest à vivre*” em todo o território nacional francês.

No modelo de índole liberal, a regulação enfatiza a responsabilização do consumidor, que deve ter acesso à educação financeira, informação e esclarecimento para evitar o superendividamento. Já no modelo europeu, a regulação pode privilegiar a proteção do consumidor, impondo mais deveres aos fornecedores¹¹⁰. A digressão acerca dos modelos de tratamento do superendividamento é fundamental, pois no próximo tópico será abordada a regulação do superendividamento no Brasil e, conforme se demonstrará, o projeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor em relação ao superendividamento a toda evidência seguiu o modelo francês de regulação.

| 2.3 Modelo brasileiro: proposta de alteração do CDC

A defesa do consumidor, como consectário da proteção integral da dignidade da pessoa humana, deve ser prioridade do Estado seja no plano legislativo, seja em relação às políticas públicas levadas a cabo para a proteção desse sujeito vulnerável, cujos direitos foram erigidos à categoria de direito fundamental pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, XXXII, que é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Estabeleceu ainda a defesa do consumidor como meio para o alcance de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social na ordem econômica, de acordo com o art. 170.

A análise do superendividamento sob um prisma dogmático passa pela discussão de algumas premissas, sendo que aqui se postula que o tema no Brasil seja abordado a

¹¹⁰ Sobre o princípio do crédito responsável, vide LIMA, Clarissa Costa. *Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006.

partir do reconhecimento do modelo de Estado Social, que caracteriza o Estado brasileiro, do constitucionalismo comunitário brasileiro e da justiça distributiva. Não é demais lembrar que a Constituição brasileira de 1988 consagrou o Estado Social como modelo, na medida em que estabeleceu, em seu art. 3º, como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Reconhece-se o Estado Social brasileiro como intermediador de questões de justiça distributiva que necessariamente vinculam Estado e cidadania, principalmente na atribuição ao poder público da responsabilidade de equalizar oportunidades, de resguardar os direitos dos pobres e das minorias e de garantir o reconhecimento da dignidade humana.

O Brasil, diferentemente da maioria dos países desenvolvidos, não possui uma legislação que cuide especificamente da “crise de solvência e de liquidez”¹¹¹ que caracteriza o superendividamento. Os mecanismos atualmente previstos na legislação especializada, principalmente no CDC, não são suficientes para tratar da questão de maneira eficiente, pois não existem procedimentos específicos, como na legislação estrangeira, para prevenir e tratar o superendividamento de maneira estrutural e global seja proporcionando um recomeço imediato, com o perdão das dívidas (como no modelo norte-americano do *fresh start*), seja estabelecendo-se um plano de pagamento escalonado de acordo com as possibilidades de manutenção do mínimo existencial do devedor de boa-fé, como sugere o modelo francês.

Com tal finalidade, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 283/2012, que propõe a alteração do Código de Defesa do Consumidor, “para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento”, tendo sido elaborado a partir do trabalho de uma comissão de juristas especialmente nomeada com essa finalidade¹¹².

111 MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de e BERTONCELLO Karen. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de investigações científicas*. Brasília, v. 3, DPDC/SDE, p. 25, 2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/arquivos-publicacoes/2010caderno_superendividamento.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

112 Em dezembro de 2010, foi nomeada comissão encarregada de elaborar anteprojeto de reforma do CDC, comissão esta presidida pelo ministro Herman Benjamin, do STJ, Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques, relatora-geral do anteprojeto, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Em entrevista publicada no portal do Senado Federal, em 03/12/2010, o ministro Herman Benjamin afirmou que “(...) quando o CDC foi editado o crédito era privilégio de poucos, num contexto de altos níveis de inflação e no qual o sistema financeiro não era moderno como é atualmente”, justificando a necessidade de tratamento legislativo do superendividamento. A justificação do anteprojeto de lei apresentada pela comissão ressalta que o texto “(...) incluiu normas principiológicas referentes ao importante tema da concessão de crédito ao consumidor — base das economias de consumo nos países industrializados, agora em ascensão no Brasil — e ao conseqüente tema da prevenção do superendividamento dos consumidores, problema comum em todas as sociedades de consumo consolidadas e saudáveis. Trata-se de temas novos, oriundos do pujante e consistente crescimento econômico brasileiro e da democratização do acesso ao crédito e aos produtos

Entre os objetivos do trabalho da comissão de juristas de atualização do Código de Defesa do Consumidor, constante do Capítulo II do relatório geral apresentado, foi estabelecida a matriz das propostas, enfatizando-se o objetivo de “reforço tridimensional do CDC: as dimensões de reforço da base constitucional, da base ético-inclusiva e solidária, e, por último, a da base da confiança, efetividade e segurança jurídica”¹¹³. Por reforço na base constitucional do CDC, considerou-se que a proteção do consumidor é

*“(...) valor constitucionalmente fixado, como cláusula pétrea, garantido como direito fundamental pelo art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 e que o Estado, seja o Estado-juiz (a magistratura em todas as suas instâncias, seja o Estado-executivo (Administração, Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Procons estaduais e municipais e agências reguladoras) e o Estado-legislador (Senado Federal, Câmara dos Deputados e demais órgãos legislativos estaduais e municipais) deve promover a defesa do consumidor.”*¹¹⁴

Em nome do reforço da base constitucional do código consumerista, as alterações propostas buscam a inclusão de temas novos, mas visando sempre ao aumento da proteção já consolidada, nunca à sua diminuição. Desse modo,

*“(...) a dimensão constitucional-protetiva do CDC impõe que esta alteração concentre-se em temas novos, inclua (e não reduza) direitos do consumidor já garantidos nos primeiros 20 anos de vigência do CDC, preserve e expanda os princípios já existentes no CDC (Art. 4º, 5º, 6º e 7º do CDC), em especial destacando a vulnerabilidade do consumidor superendividado.”*¹¹⁵

No que tange ao reforço na base ético-inclusiva e solidária do CDC, o relatório geral destacou que o código tem uma importante função de inclusão social e combate à exclusão da sociedade de consumo globalizada, na medida em que, “na nossa sociedade de informação e de crédito, poder ter acesso e participar das sociedades de consumo, é

e serviços em nosso mercado, visando as normas projetadas a preparar o mercado e a sociedade brasileira para os próximos anos. As normas propostas reforçam os direitos de informação, de transparência, de lealdade e cooperação nas relações envolvendo crédito, direta ou indiretamente para fornecimento de produtos e serviços a consumidores, assim, como impõem um standard atualizado da boa-fé e de função social destes contratos, em virtude da entrada em vigor do Código Civil de 2002”.

113 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

114 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

115 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

estar incluído nas benesses da globalização e do círculo virtuoso da sociedade brasileira e seu grande esforço de combate à pobreza¹¹⁶”.

Assim, a regulação proposta “explícita ainda mais a boa-fé e a função social dos contratos de consumo e de crédito, como forma de combater a exclusão social causada pelo superendividamento, pela falta de meios de tratamento global das dívidas do consumidor pessoa física¹¹⁷”. Segundo a conclusão do relatório geral da comissão, não se trata de expandir a “diretriz de eticidade” do CDC, tendo em conta que a boa-fé é princípio basilar nas relações de consumo, nos termos do seu art. 4º, III, mas de esclarecer a função desse diploma como instrumento de inclusão social, de combate à exclusão social e à pobreza no país, assegurando um elevado grau de transparência e probidade.

Em relação à dimensão de efetividade e segurança jurídica, as alterações propostas pela comissão buscam reforçar a previsibilidade e segurança tanto em relação a consumidores quanto em relação a fornecedores, na medida em que se propõe uma lei que seja eficiente para “regular o mercado, guiar as condutas desejadas, proteger o sujeito constitucionalmente escolhido e manter o mercado saudável macroeconomicamente e atrativo para todos os consumidores¹¹⁸”.

Existem dois textos a serem analisados, pois o texto apresentado pela comissão de juristas para o PLS 283/2012 foi modificado pelo relator da Comissão Temporária de Mo-

116 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 23. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

117 O relatório geral da comissão, em belo texto, preconiza que o reforço à dimensão inclusiva do CDC busca criar instrumentos e normas novas para “(...) prevenir o superendividamento da pessoa física de boa-fé; seja no sentido de promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, seja no sentido de reforçar as iniciativas pioneiras de tratamento global em audiências conciliatórias com todos os credores para elaborar e aprovar planos de pagamento das dívidas dos consumidores superendividados e facilitar os remédios judiciais, em caso de impossibilidade de acordo, seja ao estabelecer limites à publicidade de crédito, práticas comerciais e ao assédio de consumo em geral, protegendo em especial consumidores idosos, jovens, crianças e analfabetos, mantendo e expandindo as listas de práticas e cláusulas abusivas, se mudança na sistemática do microcódigo; seja protegendo o consumidor nas suas contratações (...). O princípio da boa-fé é basilar no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III do CDC), portanto, a exemplo do Código Civil de 2002, não é necessário expandir a ‘diretriz da eticidade’, mas sim esclarecer a função do CDC como instrumento de inclusão social, de combate à exclusão social e à pobreza no País, assegurando o elevado grau de transparência, de boa-fé e probidade exigidos hoje. Em outras palavras, as normas projetadas visam assegurar, apesar do desenvolvimento avassalador da tecnologia o acesso contínuo ao consumo e ao crédito, mediante contratos cada vez mais leais e transparentes, evitando a exclusão de grande parte da população dos meios eletrônicos mais eficientes e sofisticados de contratação e também combatendo a exclusão social causada pelo superendividamento, mas caso este ocorra, assegurando o retorno do consumidor à sociedade de consumo, com a elaboração do devido plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, logo, mantido o equilíbrio dos contratos realizados.” BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

118 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 25. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

dernização do Código de Defesa do Consumidor, senador Ricardo Ferraço, que apresentou um substitutivo, aprovado no âmbito da comissão.

O projeto original prevê a inserção do inciso VI no atual art. 5º do CDC, que cuida da Política Nacional das relações de consumo¹¹⁹, para determinar que o poder público conte com a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana”.

Prevê ainda a inclusão do inciso XI no art. 6º, estabelecendo como direito básico do consumidor, “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas”.

Da leitura dos primeiros dispositivos do projeto em tramitação, fica bastante evidente a opção feita pelo sistema francês, com previsão da repactuação dos débitos, e não pelo sistema de perdão das dívidas, como no *fresh start* americano. O próprio presidente da comissão de juristas, ministro Herman Benjamim, em seu discurso quando da apresentação do relatório-geral da comissão, afirmou que as propostas básicas de atualização seguiram “modelos adotados na União Europeia¹²⁰”.

No Capítulo V do relatório geral, sobre crédito ao consumo e a prevenção do superendividamento, mais especificamente sobre os modelos de direito comparado e a opção pela prevenção: crédito responsável e preservação do mínimo existencial, a comissão concluiu que o modelo norte-americano

“(...) do fresh start (falência total, com o perdão das dívidas, após a venda dos bens disponíveis, de forma a permitir um recomeço para o consumidor superendividado e sua reinclusão no consumo) é por demais avançado para ser implantado no Brasil, uma sociedade que já conhece leis do bem de família e limites à liquidação dos bens dos consumidores. Melhor parece o modelo francês.”¹²¹

119 Em entrevista publicada no portal do Senado Federal, em 03/12/2010, o ministro Herman Benjamim afirmou que “(...) quando o CDC foi editado o crédito era privilégio de poucos, num contexto de altos níveis de inflação e no qual o sistema financeiro não era moderno como é atualmente”, justificando a necessidade de tratamento legislativo do superendividamento.

120 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 10. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

121 BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 133. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

A opção pela matriz francesa de regulação do superendividamento apresenta-se mais consentânea com as necessidades sociais do devedor, com grande ênfase no aspecto educativo do processo de recuperação do superendividado, notadamente no que tange à prevenção desse estado¹²². A matriz liberal, que considera o indivíduo atomizado, não se compraz com um contexto de intensa desigualdade social, como é o brasileiro.

No tratamento do superendividamento, é necessária a intermediação do Estado na equalização das demandas dos indivíduos vulneráveis às pressões exercidas pelo mercado, de modo a garantir a liberdade contratual como produto da realização da justiça social.

A matriz liberal é ainda fortemente calcada na presunção de que o sujeito superendividado é um agente de mercado, cujo comportamento se baseia num processo de escolha racional maximizador da utilidade, preconizando a primazia da atuação eficiente sobre uma abordagem redistributiva em relação ao endividamento crônico dos consumidores.

Destaque-se o fato de que os comportamentos dos consumidores de crédito nem sempre seguem esse padrão de racionalidade, notadamente num contexto em que são fortemente incentivados a contratar a crédito. Além disso, existem causas de superendividamento que não estão na esfera de controle racional do devedor, quer porque imputáveis aos reveses da vida, quer porque os agentes financeiros concedem o crédito sem averiguação da capacidade real de reembolso, de maneira irresponsável.

Não obstante, não é demais lembrar que a eficiência como imperativo da contemporaneidade pode levar a um individualismo exacerbado, e que a cidadania, que é constituída pela solidariedade social, pela justiça distributiva e pelos direitos e deveres dos cidadãos, não pode ser substituída por critérios de mercado ou critérios puramente econômicos, mesmo que isso signifique a maximização das riquezas. Daí o acerto da comissão de juristas na escolha do padrão francês de apreciação do superendividamento.

Na esteira do padrão francês, o projeto impõe mais deveres aos fornecedores de crédito, além daqueles atualmente previstos no art. 52 do CDC¹²³. Em linhas gerais, como

122 Segundo Clarissa Lima, "(...) a opção por enfocar a regulação do superendividamento foi inspirada na Diretiva Europeia 2008/48/EC que regula contratos de crédito ao consumidor, impondo deveres de informação e de conselho a cargo do fornecedor de crédito além de novos direitos em favor do consumidor como no caso do direito de arrependimento". LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

123 "(...) Art. 54-B. Além das informações obrigatórias no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor ou intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato sobre:

prevenção ao superendividamento, partindo das normas já existentes no CDC, incorporam-se algumas novas obrigações de informação, vedando algumas práticas hoje recorrentes na oferta do crédito em qualquer tipo de mídia.

Assim, o § 4º do art. 54-B proíbe a formulação de preço de pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista; proíbe a utilização de expressões a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero”; veda a indicação de que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; proíbe, por fim, ocultar por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente¹²⁴.

O projeto cria ainda a figura do assédio de consumo, protegendo de forma especial os consumidores idosos e estabelecendo regras básicas para publicidade de crédito. Dessa forma o art. 54-F, IV veda ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito “assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, a taxa de juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de dois dias;

IV – o nome e o endereço, inclusive eletrônico, do fornecedor;

V – o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito.

§ 1º As informações referidas no art. 52 e no caput deste artigo devem constar em um quadro, de forma resumida, no início do instrumento contratual.

§ 2º O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor para efeitos deste artigo sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor. (...)”

124 Exemplos das práticas vedadas pelo projeto não faltam na internet. Basta uma consulta rápida ao Google que se encontram inúmeros exemplos dessas práticas publicitárias. Na página da empresa Brasília Empréstimos, na internet, oferece-se: “(...) o empréstimo com DÉBITO EM CONTA-CORRENTE pode ser liberado mesmo que você não tenha mais margem consignável ou mesmo que tenha restrições junto ao SPC ou SERASA”. Entre as principais características da empresa na página inicial constam: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS: Aprovação e liberação rápidas para clientes de todo o Brasil. · Sem consultas ao SPC ou SERASA; · Segurança e discrição; · Planos em até 12 parcelas fixas e taxas a partir de 9,95% a.m.; · Atendimento altamente especializado; · Sem cobrança de taxas antecipadas à liberação do empréstimo. Disponível em: <<http://www.brasilia-emprestimos.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014. Outra empresa bastante conhecida na televisão, pois oferece empréstimos a negativados e pensionistas apresentando um simpático cachorro como “mascote”, a empresa CREFISA afirma que “Enquanto o mercado de crédito fecha as portas para quem já está sem crédito, a Crefisa confia em seus clientes e possibilita a realização de sonhos, a concretização de negócios ou, simplesmente, ajuda as pessoas a saldarem seus compromissos em momentos muito delicados”. Há uma página especialmente dedicada aos aposentados e pensionistas negativados, com a promessa de crédito liberado em até 24 horas. O slogan é “(...) aqui, seu crédito é rápido, fácil e sem complicação”. Disponível em: <<http://www.crefisa.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014. Na página www.ofertas.vw.com.br/TaxaZero encontra-se a oferta de carro Voyage com taxa de 0% a.m.

vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio”.

A pena para o descumprimento do dever de informação é “a inexistência ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor”. As sanções previstas podem ser aplicadas conjuntamente com indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais eventualmente causados ao consumidor.

A proposta estabelece a coligação (conexão ou interdependência segundo a redação dada pelo parecer de relatoria do senador Ricardo Ferraço na Comissão de Modernização do CDC) entre o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e o contrato de crédito ao consumidor, nos termos do art. 54-E, prevendo que o direito de arrependimento, seja no contrato principal, seja no de crédito, implica resolução de pleno direito do contrato conexo.

Autoriza ainda a utilização da exceção do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito, na hipótese de inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produtos ou serviços, bem como contra o portador de cheque pós-datado, emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo e contra o administrador ou emitente do cartão de crédito. A invalidade ou ineficácia do contrato principal estende-se ao contrato conexo.

Na hipótese dos contratos de crédito em que haja cessão ou reserva de remuneração do consumidor, a soma das parcelas reservadas para o pagamento não poderá ultrapassar 30% da remuneração mensal líquida do devedor. O dispositivo visa a 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. A exemplo do direito francês, a proposta estabelece um prazo de sete dias para que o devedor possa se arrepender do crédito consignado e cria patamares de boa-fé e conduta responsável para implantação do imperativo constitucional da defesa do consumidor.

O projeto original, apresentado pela comissão de juristas, não fez uma opção expressa pela prevenção ao superendividamento, tampouco regulou o tratamento do fenômeno. Apesar de não ter regulado o tratamento do superendividamento, ele prevê a possibilidade de audiência de conciliação a ser realizada com os credores do devedor, na

qual este apresentará uma proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.

Grande inovação do projeto é a possibilidade de tratamento global do superendividamento, reunindo todos os credores para apresentação de um plano de pagamento dos débitos, em vez da revisão dos contratos celebrados com cada credor individualmente. Clarissa Lima destaca que “o tratamento global da situação econômica do devedor é uma abordagem comum a todos os procedimentos de tratamento do superendividamento do consumidor do direito comparado¹²⁵”.

Obtida a conciliação com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada (art. 104-A, § 3º). Nele conterá: (I) – referência quanto à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso; (II) – data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor dos bancos de dados e cadastros de inadimplentes e (III) – condicionamento de seus efeitos à abstenção pelo consumidor que importem no agravamento de sua situação de superendividamento (art. 1204-A, § 4º).

Diferentemente da regulação francesa, que não conceitua o superendividamento, mas somente o caracteriza, criando uma cláusula geral a ser concretizada pelo juiz a partir das circunstâncias do caso concreto¹²⁶, o projeto define o superendividamento como “o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para aquisição de casa para a moradia e desde que inexistentes bens livres e suficientes para a liquidação do total do passivo.”

Segundo o projeto original, os requisitos para a constatação do superendividamento e a consequente realização da conciliação são que: (a) seja o devedor pessoa física (art. 104-A); (b) haja o comprometimento de parcela superior a 30% da renda mensal líquida do devedor; (c) o comprometimento da renda seja para o pagamento de dívidas não profissionais; (d) as dívidas sejam exigíveis e vincendas; (e) fica excluído do limite de 30% o pagamento de financiamento com a casa para moradia.

125 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

126 Vide tópico referente ao conceito de superendividamento acima.

O dispositivo não fala de boa-fé como requisito para a conciliação, assim como não faz distinção entre superendividamento passivo ou ativo. Quanto ao superendividamento passivo, parece não haver dissenso, na medida em que a boa-fé e a impossibilidade de arcar com as dívidas em razão de acidentes da vida, como desemprego, doença, divórcio, entre outras causas, surgem como uma associação quase autoevidente. Ocorre que nem sempre as dificuldades financeiras advêm de acidentes da vida, os quais fogem do controle do devedor.

Nas hipóteses de superendividamento ativo inconsciente, o acúmulo crônico de débitos pode decorrer de três causas importantes para avaliação da situação do devedor: (a) o superendividamento pode ser decorrente “da inexperiência, da pobreza, do reduzido nível de escolaridade, entre outras circunstâncias que impossibilitam os consumidores a avaliar corretamente a sua capacidade de reembolso e da concessão de crédito¹²⁷” (nessas hipóteses também se pode falar em superendividamento de boa-fé); (b) o superendividamento pode ser resultado do poderoso *marketing* da indústria de crédito, tendo por alvo consumidores idosos, de baixa renda ou negativados; (c) o superendividamento pode ser fruto da concessão irresponsável do crédito, que instiga o devedor a contrair novos empréstimos sem se preocupar com sua capacidade de reembolso.

Já no texto aprovado pela Comissão de Modernização do CDC, presidida pelo então senador Rodrigo Rollemberg, o § 1º do art. 104-A estabelece um novo conceito para o superendividamento. Pelo dispositivo, “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta do consumidor, pessoa física, de boa-fé, de pagar o conjunto das suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas”. O § 2º exclui do regramento do superendividamento “as dívidas de caráter alimentar, fiscais e parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento¹²⁸”. A proposta aprovada se aproxima, assim, do modelo francês, que não define numericamente o superendividamento, mas estabelece os contornos para sua identificação, criando uma cláusula geral.

A grande inovação, entretanto, ficou a cargo da inclusão do art. 104-B, que estabelece um procedimento judicial de tratamento do superendividamento, na hipótese de não ser obtido êxito na conciliação. Segundo o dispositivo inserido, inexitosa a conciliação, a pedido do consumidor, “o juiz procederá à citação de todos os credores cujos créditos não integraram o acordo celebrado, instaurando o processo de superendividamento

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

128 BRASIL. Senado Federal. Parecer aprovado pela Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 79. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes através de um plano judicial compulsório¹²⁹. Após, o texto propõe a instauração do contraditório, podendo os credores citados apresentar documentos e razões para a negativa de aceder ao plano voluntário ou para renegociar a dívida. O juiz poderá ainda nomear administrador, que apresentará num prazo de 30 dias plano de pagamento, que contemplará medidas de temporização ou atenuação dos encargos.

Não se pode olvidar que a tramitação do projeto e o debate em torno do fenômeno do superendividamento constituem grandes avanços na direção de uma regulação eficiente do tema. Mas o que se observa é que há uma grande diferença entre o texto apresentado pela comissão de juristas e o texto do parecer aprovado pela Comissão Temporária de autoria do senador Ricardo Ferraço.

O projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 3515/2015, e em maio de 2017 recebeu parecer favorável na Comissão de Defesa do Consumidor. Em 13/06/2017 foi determinada a criação de uma Comissão Especial para apreciação do projeto, nos termos do art. 34, II do RICD, pois foram deferidos requerimentos que autorizaram a inclusão de exame da matéria pelas Comissões de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática. Assim, como a matéria vai tramitar por mais de três Comissões de mérito, determinou-se a criação da referida Comissão Especial.

É premente a necessidade de aprovação do texto legislativo¹³⁰, seja com a redação originária, apresentada pela Comissão de Juristas, seja o texto aprovado no Senado com as alterações propostas e já analisadas. Principalmente em relação à atividade judicante, é necessária a existência de parâmetros que venham a oferecer uma base segura para as decisões que envolvam problemas relativos à crise de solvência dos consumidores, notadamente a possibilidade de revisão judicial dos contratos com base na alegação de superendividamento do devedor.

O evidente caráter distributivo do crédito para consumo faz com que as decisões sobre a possibilidade de revisão dos contratos sob a alegação de superendividamento tenham impacto sobre milhares de contratos, afetando a vida de milhares de consumidores. A ausência de uma regulamentação legislativa torna a situação bastante problemática,

129 BRASIL. Senado Federal. Parecer aprovado pela Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 79. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

130 O trecho a seguir foi publicado pela autora originalmente na coluna Garantias de Consumo, da revista CONJUR, em 3/08/2016. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 23/02/2018.

pois grande parte das decisões judiciais, principalmente as do STJ, tendem a considerar o crédito e o dinheiro como uma *commodity* qualquer, ignorando sua relevância social e coletiva, quando, na verdade, trata-se de um bem social.

Não obstante, é sob a ótica de proteção da dignidade da pessoa humana que se deve desenvolver a análise da proteção ao consumidor superendividado, pois, conforme adverte Luiz Edson Fachin, “entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, opta-se por esta que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência”¹³¹. Assim, partindo do regramento constitucional brasileiro, a opção pelo crédito para consumo deve ser protegida pelo direito, prevendo-se mecanismos mais eficientes de fortalecimento do devedor superendividado, tanto na prevenção da situação, incluindo a formação de vontade do consumidor de crédito, quanto na recuperação do devedor que já se encontra em estado de superendividamento.

Os atuais mecanismos previstos na legislação brasileira, principalmente no que concerne ao contrato de crédito, são insuficientes para dar cabo dessa tarefa. Primeiramente, é importante registrar que a questão diz respeito tanto aos contratos de consumo como aos contratos paritários, regulados pelo Código Civil. Isso porque o devedor superendividado encontra dificuldades de pagamento de débitos não só de fornecedores em contratos de consumo, mas também de particulares com quem firmou outros contratos, como locação ou prestação de serviços, por exemplo.

Além disso, o indivíduo em situação de superendividamento tem dificuldades de adimplir contratos firmados com o poder público na prestação de serviços públicos como fornecimento de água ou energia. Ou seja, há uma dificuldade global no cumprimento de todo e qualquer contrato, de modo que, se o devedor for obrigado a cumprir todos os contratos, todos os credores, e não só os envolvidos em relações de consumo, terão dificuldades para a recuperação de seus créditos.

Do ponto de vista da legislação vigente, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, V, inscreve a revisão dos contratos como direito básico do consumidor, quando os contratos estabelecerem prestações desproporcionais ou quando fatos supervenientes ocasionarem a onerosidade excessiva dessas prestações. De igual modo, o Código Civil estabelece a possibilidade de revisão ou resolução dos contratos por onerosidade excessiva para uma das partes, com extrema vantagem para a outra parte, em virtu-

131 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, p. 173.

de de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, nos moldes de seus artigos 317 e 478/479. Tanto nas relações de consumo como nas relações paritárias, reguladas pelo Código Civil, o requisito para a revisão dos contratos é a quebra do equilíbrio contratual diante da onerosidade excessiva superveniente, com a ruptura do sinalagma genético.

De início, já se antevem duas dificuldades básicas para a revisão de tais contratos com base na alegação de superendividamento do devedor: (a) o superendividamento pode ocasionar um ônus excessivo para o devedor, mas não necessariamente o faz. Existem situações de superendividamento em que não há desproporção contratual, quer genética, quer superveniente, o que afastaria a possibilidade de revisão dos contratos nos estritos limites das regras acima mencionadas; (b) dos contratos de consumo de crédito, os contratos bancários são os que mais estão sujeitos à chamada conexão contratual, ou seja, uma pluralidade contratual, formada por contratos distintos, com objeto ou partes diferentes, num ou mais instrumentos contratuais, mas todos reunidos por umnexo funcional ou finalístico comum.

Dessa maneira, a interpretação de uma pluralidade contratual, quer seja de contratos coligados, conexos, em rede ou sistema, deve ser alargada para além dos limites da interpretação dos contratos isoladamente, o que muitas vezes impede a discussão acerca da manutenção ou quebra de um sinalagma contratual.

O debate na literatura brasileira vai além dos argumentos relativos à possibilidade de revisão dos contratos pelo reconhecimento da quebra do equilíbrio contratual numa situação de superendividamento, oscilando entre sua aceitação irrestrita; a aceitação mediante aplicação analógica da lei de falências ao devedor pessoa física e a impossibilidade de revisão sem legislação específica que estabeleça um mecanismo de tratamento global do superendividamento do devedor pessoa física, não sendo o caso de nos aprofundarmos aqui nos argumentos lançados no debate.

Todavia, essa discussão se dá em relação aos contratos isolados. A revisão dos contratos com base no superendividamento por meio da aplicação da onerosidade excessiva ou da teoria da quebra da base negocial, não oferece tratamento adequado para a questão do superendividamento, notadamente porque não oferece tratamento global às dívidas crônicas do devedor e de sua família e aos efeitos do superendividamento. Clarissa Costa de Lima pontua que, na perspectiva individual das ações revisionais, o juiz somente examina as cláusulas contratuais, “sem se preocupar com o passivo do devedor

ou com o restante das dívidas assumidas, pois seu objetivo não é reabilitar financeiramente, mas apenas restaurar o equilíbrio do contrato em exame”.¹³²

O que se verifica é que, mesmo com a possibilidade de análise do problema do superendividamento a partir dos mecanismos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda remanesce a necessidade de criação de uma lei mais detalhada no tratamento do tema. A par das ações de políticas do consumidor a serem formuladas pelo poder público, evidencia-se a importância do seu regramento no campo do Direito, como tentativa de corrigir dificuldades dos consumidores principalmente no consumo do crédito.

Quando judicializada a discussão, o devedor normalmente argui a ilegalidade ou a abusividade de cláusulas contratuais, sendo certo que o superendividamento nem sempre tem relação com práticas contratuais iníquas. Ao contrário, o superendividamento tem relação com a incapacidade de pagamento das obrigações contratuais assumidas, que muitas vezes não são nem ilegais nem abusivas. De outra parte, as ações revisionais de contratos, que atualmente sobrecarregam os tribunais, não garantem a presença de todos os credores no polo passivo da demanda, de modo que fica inviabilizada a solução global e estrutural que o superendividamento demanda.

Dessa forma, não se pode abrir mão da regulação estatal do tema. Partindo-se da premissa de que o direito é um discurso prático, ou seja, um discurso que trata da justificação de escolhas feitas em determinadas situações relativas a problemas concretos e que é regulado por regras, no caso das decisões judiciais sobre o tema, a regulamentação dos significados possíveis para a polissemia semântica do que seja o superendividamento se apresenta como condição prévia de possibilidade de comunicação linguística e têm um grande peso para a legitimidade da regularização de conflitos sociais por meio das sentenças judiciais.

Por tudo isso, é muito importante a edição de uma legislação que norteie as soluções para o problema dos devedores superendividados, soluções estas que permitam a um devedor individual a renegociação global de suas dívidas com todos os seus credores. Atualmente, a ausência dessa legislação impede que o superendividamento seja considerado como fundamento para revisão dos contratos. O que se espera é que em breve a regulação da prevenção e tratamento do superendividamento receba o tratamento legislativo adequado, mediante a aprovação do PL 3515/2015.

132 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

3. Superendividamento e crédito responsável

A concessão indiscriminada de crédito, além de ser um dos grandes fatores que contribui para o superendividamento dos consumidores, principalmente no caso do consumo de crédito, gera graves efeitos sistêmicos para a economia em geral. Neste capítulo serão analisados os principais aspectos relacionados ao tema, especialmente o dever de informação, dever de aconselhamento, a questão do assédio ao consumo e, finalmente, a lei do cadastro positivo e o *credit scoring*.

| 3.1 Dever de informação e o consumo de crédito no CDC

A principal estratégia de prevenção do superendividamento é a informação de todos os dados atinentes à contratação, para que o consumidor possa avaliar sua escolha da maneira que mais lhe atenda aos interesses e à sua capacidade financeira. O dever de informação como um direito básico do consumidor é previsto no CDC de forma expressa, sendo que o art. 6º, III, determina que a informação seja adequada e clara sobre os diferentes serviços e produtos.

O ministro Herman Benjamin, no REsp 586.316/MG, estabeleceu alguns parâmetros para aferição da informação clara e adequada, a começar pelo fato de que informação adequada é “aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor”.

A oferta, nas práticas comerciais, deve “assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. A “informação deve ser correta (=verdadeira), clara (=de fácil entendimento), precisa (=não prolixa ou escassa), ostensiva (=de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa”. Por fim, o voto consigna que:

“(...) nos termos do art. 31 do CDC, a informação é desdobrada em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (=características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (=como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (=custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (=riscos do produto ou serviço).”¹³³

Dessa forma, a informação clara e adequada exige que seja prestada entre dois limites explícitos: de um lado não deve conter dados em demasia que confundam o consumidor, e de outro, não pode ser omissa ou com dados de menos, impedindo o consumidor de antever a extensão das consequências de sua escolha e do contrato celebrado.

Não basta que o fornecedor preste a informação de maneira clara e precisa, ele precisa garantir que a informação prestada foi levada em conta, auxiliando o consumidor de crédito no momento da tomada de decisão. A boa-fé objetiva impõe o dever de conduta leal e cooperativa de ambas as partes, assim, quando o credor auxilia o devedor na tomada de decisão contratual, exerce a boa-fé, prevenindo um futuro inadimplemento e minimizando as próprias perdas — “*the duty to mitigate the own loss*”¹³⁴.

Sobretudo em relação aos serviços de fornecimento de crédito, que são os que particularmente interessam nesta pesquisa, a assimetria informacional é a regra, e não a exceção. Exemplos não faltam da carência de informação clara aos consumidores de crédito, bem como de práticas abusivas das instituições financeiras nesse tipo de contrato.

Pesquisa realizada pelo SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) sobre o uso do cartão de crédito no Brasil mostrou que “mais da metade (57%) dos consumidores entrevistados já usou ou tem o hábito de usar o crédito rotativo — situação em que o consumidor opta por pagar apenas o valor mínimo da fatura do cartão. Um agravante é que a maioria dos consumidores (77%) reconhece não ter conhecimento do valor dos juros cobrados nesse tipo de operação”¹³⁵. O diretor de autorregulamentação da Federação Brasileira dos Bancos

133 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 586316/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJe 17 abr. 2007.

134 Para André Perin Schmidt Neto, “(...) na medida em que o fornecedor auxilia o tomador de crédito, aquele garante o reembolso, bem como exerce a boa-fé no sentido de lealdade com a outra parte, seguindo orientação na nova concepção contratual em que as partes estão unidas para um fim comum qual seja a execução do contrato conforme o pactuado”. SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

135 Disponível em: <<http://www.portalnoar.com/consumidor-brasileiro-prefere-pagar-cartao-mas-ignora-juros>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

(Febraban) “admitiu que a *falta de informação* clara e simplificada é o que gera reclamações de consumidores contra o sistema financeiro¹³⁶”.

Outro exemplo da falta de transparência no fornecimento de informações nos serviços de crédito foi apontado por estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), o qual revela que 80% dos 112 milhões de correntistas *desconhecem os chamados “serviços essenciais”*, que permitem que qualquer correntista mantenha conta nos bancos sem que, para tanto, desembolse um centavo¹³⁷.

À assimetria de informação em favor do fornecedor do serviço de crédito, que detém, além do domínio das questões técnicas, jurídicas e econômicas atinentes à concessão do crédito, a prerrogativa da redação do instrumento contratual, somam-se as práticas abusivas das instituições financeiras, que estimulam o uso de modalidades mais onerosas de crédito. Tais práticas se notabilizam pela concessão e pelo aumento do limite de crédito do cheque especial, envio de cartões de crédito sem a solicitação do consumidor, ausência de entrega do instrumento contratual, falta de informação sobre o total da dívida a ser paga com financiamento, entre outras tantas¹³⁸.

No próximo capítulo, será abordada a questão relativa à responsabilidade civil pela má concessão do crédito. Mas vale adiantar que a grande importância do tema se deve ao fato de estar atrelado ao dever de aconselhamento imposto ao fornecedor, na medida

136 Segundo o diretor, Gustavo Marrone, as reclamações envolvem, de uma parte, cobranças indevidas, cobranças por serviços que não foram solicitados ou cobranças que não são permitidas por lei, mas presentes em contratos anteriores às mudanças na legislação. Mas em outra parte, ele diz, ocorre porque o consumidor não consegue identificar o serviço prestado. “Isso decorre da falta de clareza dos contratos”, explicou. O diretor admitiu também que os juros cobrados pelos bancos são altos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/201651-DIRETOR-DA-FEBRABAN-ADMITE-QUE-FALTA-INFORMACAO-CLARA-AO-CONSUMIDOR.html>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

137 O Idec analisou como os dez maiores bancos do Brasil vêm tratando o tema e como seus clientes são avisados. Foram examinados os serviços do Banco do Brasil, Banrisul, Bradesco, Caixa, HSBC, Itaú, Nossa Caixa, Real Santander e Unibanco. O pacote de serviços essenciais inclui oito itens: cartão de débito, dez folhas de cheque por mês, compensação de cheques quatro vezes ao mês, dois extratos no caixa eletrônico, transferências entre contas do mesmo banco por mês, consultas ilimitadas pela internet e extrato consolidado discriminado, mês a mês, uma vez ao ano. “A maioria dos correntistas poderia ter apenas os serviços essenciais, sobretudo pela possibilidade de utilizar o cartão de débito para pagamento, o que diminui a necessidade de saques, além de consultas de saldo e movimentações pela internet”, explica Ione Amorim, economista do Idec responsável pelo estudo. Banrisul, Banco do Brasil, HSBC, Nossa Caixa, Unibanco e Caixa não permitem que, pela simples análise de suas tabelas de tarifas, o consumidor opte pela contratação isolada dos serviços essenciais. “Se não está na tabela, o cliente não tem como saber que pode usar esse recurso e acaba contratando uma conta com pacote de serviços pago”, argumenta a representante do Idec. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-informar-gratuidade-servicos-essenciais>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

138 Sobre o tema, vide MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

em que esse dever se traduz pelo princípio do crédito responsável¹³⁹, o qual tem conformações diferentes a depender do modelo de regulação adotado, se de índole mais liberal ou se de ênfase à proteção ao consumidor.

| 3.2 O dever de aconselhamento

É fundamental, no processo de concessão do crédito responsável, que o fornecedor avalie a capacidade de reembolso do consumidor¹⁴⁰. Esse ônus é imposto pela soma do dever de aconselhamento bem como pela proteção do contratante vulnerável de um lado e da obrigação de diminuir as próprias perdas de outro. Ao consumidor do crédito, a boa-fé e o dever de cooperação impõem que sejam fornecidas informações verídicas acerca de sua situação financeira. Entretanto, se o fornecedor não questionou sobre um dado específico importante para a obtenção de uma vantagem, atrai o ônus em relação ao superendividamento do devedor. Isso porque, em um grande número de casos¹⁴¹, a responsabilidade pela situação de superendividamento do consumidor é do fornecedor, “pois o consumidor só se encontra neste estado em virtude de uma falha na fixação do limite de crédito concedido a ele¹⁴²”.

139 No Brasil, o Banco Central editou em 2009 a Resolução 003721, que “Dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco de crédito junto às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central”. Para os fins pretendidos pela resolução, o art. 2º define risco de crédito “(...) como a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não cumprimento pelo tomador ou contraparte de suas respectivas obrigações financeiras nos termos pactuados, à desvalorização de contrato de crédito decorrente da deterioração na classificação de risco do tomador, à redução de ganhos ou remunerações, às vantagens concedidas na renegociação e aos custos de recuperação”. Entre outras medidas, a resolução impõe às instituições financeiras a avaliação periódica do grau de suficiência das garantias e a verificação da situação econômico-financeira, bem como outras informações cadastrais atualizadas do tomador ou contraparte e o período de atraso no cumprimento das obrigações financeiras nos termos pactuados. Essas são medidas que buscam subsidiar a concessão de crédito de maneira mais responsável, com vistas a diminuir os impactos negativos dos créditos concedidos a pessoas sem condições de reembolso. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/normativo>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

140 Este tema será retomado e aprofundado no capítulo II.

141 Vide SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 312.

142 André Perin Neto lembra que “(...) na fixação do limite de crédito consiste em a ‘arte do banqueiro’. Por isso, sua falha deve ser punida com a perda dos juros, trata-se de atividade de risco que deve ser suportada (no caso, dividida com o consumidor) por quem quer que exercer a atividade empresarial de instituição financeira. Todo bônus acompanha um ônus, e o ônus de quem empresta dinheiro é alcançar valores a quem não pode devolvê-los. Se o consumidor não consegue mais arcar com suas dívidas é porque o banqueiro não logrou êxito na sua tarefa de verificação da capacidade de reembolso, e agora dividirá o prejuízo do negócio mal feito com o consumidor, que também tem responsabilidade por sua imprevidência ao contrair crédito maior do que poderá pagar”. SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 314.

Quando o tema é prevenção do superendividamento, o dever de informação deve se somar ao dever de aconselhamento, de modo que sejam oferecidos os serviços mais consentâneos e adequados às necessidades do consumidor e seja avaliada sua capacidade de reembolso do crédito, a fim de se evitar o endividamento crônico¹⁴³. Conforme pontuou Marcio Mello Casado, “o banco é o especialista em concessão do crédito. Ele, assim, como o médico, tem o dever de indicar o melhor tratamento (já que detém todo o conhecimento a respeito daquela determinada atividade), tem o dever de aconselhar as melhores taxas e a melhor maneira de contratar¹⁴⁴”. Para o autor, a ausência de aconselhamento leva à quebra da boa-fé objetiva, essencial ao bom andamento de um contrato.

Na discussão sobre um conceito de superendividamento, feita anteriormente, ressaltou-se que a concessão irresponsável de crédito pelas instituições financeiras constitui uma das causas do superendividamento, ao lado de outras tantas, como os infortúnios da vida por exemplo. O risco de superendividamento aumenta quando o crédito é concedido sem que sejam avaliadas corretamente as condições de reembolso do devedor, sem exigências de garantias e sem que sejam prestadas informações importantes sobre os riscos da operação, as taxas de juros e a soma total do valor a ser pago, entre outras.

A concessão do crédito deve respeitar critérios especializados que, segundo o Banco Central, se baseiam nos princípios da *seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos*¹⁴⁵. Crédito e garantia são indissociáveis na atividade bancária e resultam na moldura legal da circulação de bens e direitos. De acordo com Bruno Miragem, “só há confiança nos instrumentos que promovem a circulação, quando haja segurança sobre a existência e a eficiência do direito, assim como garantias de obter o interesse útil pretendido, como regra, o pagamento¹⁴⁶”.

143 Clarissa Costa de Lima escreveu sobre o dever de aconselhamento que “(...) o mero fornecimento de informações neutras e objetivas são insuficientes para que o profissional cumpra seu papel de ajuda na decisão de seu cliente. A complexidade de algumas informações e a relação de confiança estabelecida entre as partes exigem que à simples obrigação de informação se associe uma outra: aquela de conselho. A propósito, Jean François Clement refere que o conselho complementa a obrigação de informação, dá vida à informação nem sempre aproveitável em seu estado bruto, passivo. A informação stricto sensu é somente um aspecto da obrigação que pesa sobre o profissional. É somente a primeira etapa, porquanto o profissional deve exercer uma tarefa mais ativa: explicar o conteúdo da informação e aconselhar seu cliente”. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomendar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

144 CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177.

145 Segundo o Manual de Normas e Instruções do Banco Central – MNI, “é vedado ao banco comercial (...) b) realizar operações que não atendam aos princípios da *seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos*” (MNI 16.7.2.2).

146 MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

A concessão do crédito a quem sabidamente não tem condições de saldá-lo ou mesmo não oferece garantias suficientes de solvibilidade pode caracterizar abuso do direito¹⁴⁷, ensejando inclusive a responsabilidade civil do agente financeiro em tais circunstâncias¹⁴⁸. A concessão abusiva não observa os princípios recomendados pelo Banco Central, notadamente no que tange às garantias e à avaliação do risco.

A concessão do crédito de maneira responsável demanda, assim, a avaliação dos riscos do crédito e a observância dos deveres de informação e aconselhamento. No que tange ao primeiro aspecto, o risco do crédito foi definido pelo Acordo de Capital da Basiléia, conhecido como Basiléia I¹⁴⁹, como sendo o risco de a contraparte falhar em cumprir sua obrigação e também sua relação com o risco de juros ou risco de garantias¹⁵⁰.

Bruno Miragem explicita que o risco do crédito existe “pela possibilidade de o devedor deixar de cumprir suas obrigações financeiras, ou seja, pela inadimplência no pagamento do principal da dívida e/ou dos juros¹⁵¹”. Para o autor, no tocante à concessão de crédito,

147 Nesse sentido, Heloisa Carpena e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, ao afirmarem que a teoria do abuso do direito aplica-se aos contratos de crédito ao consumo. “É evidente que o fornecedor que concede crédito a quem não tem condições de cumprir o contrato está praticando abuso do direito. Embora aparentemente o contrato se insira na esfera do lícito, na medida em que satisfaça requisitos formais, na verdade o fornecedor pratica ato abusivo, desviando-se das finalidades sociais que constituem o fundamento de validade da liberdade de contratar, ou mais especificamente, de fornecer crédito.” CARPENNA, Heloisa e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Superendividamento: uma proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 337.

148 Clarissa Costa de Lima informa casos em que a Corte de Cassação Francesa avaliou a responsabilidade profissional dos agentes financeiros na verificação da solvibilidade do consumidor no momento da concessão de crédito. Em alguns deles houve a conclusão de que “(...) o banco olvidou de suas obrigações em relação aos mutuários leigos ao deixar de verificar suas capacidades financeiras, concedendo-lhes um empréstimo excessivo em relação a suas capacidades contributivas”, bem como “(...) que o banco que interveio como gestor de contas tem seu dever de informação reforçado, não pode se contentar em informar seu cliente sobre as modalidades do empréstimo e apreciar se elas estão adequadas à capacidade financeira do cliente”. LIMA, Clarissa Costa de. *Medidas preventivas ao superendividamento de devedores na União Europeia. Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 212, out. 2010.

149 **Basiléia I** - Em julho de 1988, após intenso processo de discussão, foi celebrado o Acordo de Basiléia, que definiu mecanismos para mensuração do risco de crédito e estabeleceu a exigência de capital mínimo para suportar riscos. Atualmente, este Acordo é conhecido como Basiléia I. Os objetivos do Acordo foram reforçar a solidez e a estabilidade do sistema bancário internacional e minimizar as desigualdades competitivas entre os bancos internacionalmente ativos. Essas desigualdades eram o resultado de diferentes regras de exigência de capital mínimo pelos agentes reguladores nacionais. O Acordo de Basiléia de 1988 definiu três conceitos: – Capital Regulatório - montante de capital próprio alocado para a cobertura de riscos, considerando os parâmetros definidos pelo regulador; – Fatores de Ponderação de Risco dos Ativos — a exposição a Risco de Crédito dos ativos (dentro e fora do balanço) é ponderada por diferentes pesos estabelecidos, considerando, principalmente, o perfil do tomador; e – Índice Mínimo de Capital para Cobertura do Risco de Crédito (Índice de Basiléia ou Razão BIS) — quociente entre o capital regulatório e os ativos (dentro e fora do balanço) ponderados pelo risco. Se o valor apurado for igual ou superior a 8%, o nível de capital do banco está adequado para a cobertura de Risco de Crédito.” Disponível em: <<http://www.bb.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

150 MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 204.

151 MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 204.

exige-se que a instituição financeira tenha um comportamento diligente na avaliação do interessado em tomar crédito, como forma de minimizar o risco de inadimplência.

No Brasil, a implementação da estrutura de gerenciamento de crédito foi regulada pela Resolução 3.721 de 2009 do Banco Central, que define em seu art. 2º o risco de crédito como sendo "(...) a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não cumprimento pelo tomador ou contraparte de suas respectivas obrigações financeiras nos termos pactuados, à desvalorização de contrato de crédito decorrente da deterioração na classificação de risco do tomador, à redução de ganhos ou remunerações, às vantagens concedidas na renegociação e aos custos de recuperação"¹⁵².

A definição do risco do crédito não está ligada exclusivamente à posição do tomador, mas engloba algumas situações inerentes à atividade bancária, nos termos da mencionada resolução, tais como: (a) o risco de crédito da contraparte; (b) o risco país; (c) a possibilidade de ocorrência de desembolsos para honrar avais, fianças, coobrigações, compromissos de crédito ou outras operações de natureza semelhante; (d) a possibilidade de perdas associadas ao não cumprimento de obrigações financeiras nos termos pactuados por parte intermediadora ou conveniente de operações de crédito¹⁵³.

Segundo o acordo da Basileia II a transparência do controle dos riscos do crédito deve ser uma prioridade com vistas a preservar a solidez e estabilidade do sistema bancário internacional¹⁵⁴. Conforme o documento, as divulgações gerais do risco de crédito pro-

152 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

153 Seguem as definições de cada tipo de risco, nos termos da resolução. "I – o risco de crédito da contraparte, entendido como a possibilidade de não cumprimento, por determinada contraparte, de obrigações relativas à liquidação de operações que envolvam a negociação de ativos financeiros, incluindo aquelas relativas à liquidação de instrumentos financeiros derivativos; II – o risco país, entendido como a possibilidade de perdas associadas ao não cumprimento de obrigações financeiras nos termos pactuados por tomador ou contraparte localizada fora do País, em decorrência de ações realizadas pelo governo do país onde localizado o tomador ou contraparte, e o risco de transferência entendida como a possibilidade de ocorrência de entaves na conversão cambial dos valores recebidos; III – a possibilidade de ocorrência de desembolsos para honrar avais, fianças, coobrigações, compromissos de crédito ou outras operações de natureza semelhante; IV – a possibilidade de perdas associadas ao não cumprimento de obrigações financeiras nos termos pactuados por parte intermediadora ou conveniente de operações de crédito." Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

154 Segundo o documento do Bank of International Settlements – BIS, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework Comprehensive Version, "The fundamental objective of the Committee's work to revise the 1988 Accord has been to develop a framework that would further strengthen the soundness and stability of the international banking system while maintaining sufficient consistency that capital adequacy regulation will not be a significant source of competitive inequality among internationally active banks. The Committee believes that the revised Framework will promote the adoption of stronger risk management practices by the banking industry, and views this as one of its major benefits. The Committee notes that, in their comments on the proposals, banks and other interested parties have welcomed the concept and rationale of the three pillars (minimum capital requirements, supervisory review, and market discipline) approach on which the revised Framework is based. More generally, they have expressed support for improving capital regulation to take into account changes in banking and risk

porcionam aos participantes do mercado uma gama de informações sobre a posição creditícia total. A informação divulgada não deve se basear na informação preparada para fins regulatórios, mas deve possibilitar ao usuário avaliar confiabilidade da informação divulgada.^{155 156}

Assim, as operações bancárias devem ser submetidas a procedimentos de avaliação de riscos do crédito como condição para sua realização e como forma de mensuração dos níveis de exposição de risco da instituição durante a duração do contrato. E mais, os profissionais que trabalham nas instituições financeiras devem adotar práticas “responsáveis e cautelosas em relação aos seus clientes/consumidores¹⁵⁷”. E aqui aparece o segundo pilar do crédito responsável que é o dever de informação e aconselhamento.

O dever de informação, consignado no art. 6º, III, do CDC resguarda o direito básico de o consumidor obter “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”. Esse dever, que nas relações regidas pelo Código Civil se baseia na existência de deveres acessórios ou anexos impostos pela boa-fé objetiva, nas relações de consumo representam um dever essencial para a harmonia e transparência nas relações contratuais consumeristas. Assim, “o dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor¹⁵⁸”.

management practices while at the same time preserving the benefits of a framework that can be applied as uniformly as possible at the national level.” Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: 12 set. 2014.

155 No original: “General disclosures of credit risk provide market participants with a range of information about overall credit exposure and need not necessarily be based on information prepared for regulatory purposes. Disclosures on the capital assessment techniques give information on the specific nature of the exposures, the means of capital assessment and data to assess the reliability of the information disclosed”. Bank of International Settlements – BIS, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework Comprehensive Version*, p. 232. Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: 12 set. 2014.

156 Merece registro ainda que em 2010 foi publicado um conjunto de propostas de reforma da regulamentação bancária conhecido como Basileia III, como uma revisão de Basileia II, com vistas a reforçar o sistema financeiro após a crise dos subprimes de 2008. Esse acordo, em linhas gerais, deve forçar os bancos a aumentarem suas reservas de capital como forma de proteção para as crises. Assim, os bancos terão de constituir, paulatinamente, entre 2016 e 2019, o que se chamou de colchões de capital — colchão de conservação de capital e colchão contracíclico de capital — para serem usados em momentos de crise, de modo a evitar crises de credibilidade e liquidez generalizadas. Entre os objetivos deste acordo estão melhorar a capacidade dos bancos de absorver choques decorrentes de estresse financeiro e econômico, qualquer que seja a fonte causadora; aprimorar as práticas de gestão e governança de riscos; fortalecer a transparência e as práticas de *disclosure*. Disponível em: <<http://www.abb.org.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

157 LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas ao superendividamento de devedores na União Europeia. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 213, out. 2010.

158 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 646.

Não obstante, em relação aos contratos de concessão de crédito, a assimetria informacional entre a instituição financeira e o consumidor não é suprida com o simples dever de informar os aspectos relativos ao cumprimento do contrato e as consequências de seu inadimplemento¹⁵⁹. A obrigação de informar não basta para subsidiar a tomada de decisão do tomador de crédito, atribuindo-se maiores responsabilidades ao fornecedor, que incluem, além do crédito responsável, o dever de aconselhamento.

Por ele, o profissional, além de prestar todas as informações determinantes para a tomada da decisão, deve avaliar a oportunidade ou não da realização do contrato, bem como de seus riscos. Como consectário do princípio do empréstimo responsável, que tem sua origem na União Europeia como medida preventiva ao superendividamento, cria-se uma obrigação geral de conselho para o profissional, que deve oferecer crédito somente num montante em que o consumidor possa pagar e informar quais as espécies menos onerosas e mais consentâneas com as condições de solvibilidade do devedor. Segundo Didier Ferrier, o dever de informação se transforma numa verdadeira obrigação de aconselhamento sobre a decisão de contratar ou não contratar, de modo que o consumidor não se engane: afasta-se da proteção contra o dolo e aproxima-se da proteção contra o erro¹⁶⁰.

Enquanto a informação tem caráter objetivo, sem nenhuma prestação intelectual ou avaliação por parte do fornecedor, o dever de aconselhamento tem caráter subjetivo, pois constitui a obrigação de “dar uma opinião ou parecer a alguém para orientar sua ação”. Assim, aquele que tem obrigação de aconselhamento deve conhecer a condição do parceiro contratual, analisar sua situação e emitir um conselho de como agir melhor, tendo o cuidado de assegurar que o conselho foi bem entendido e vai ser assimilado pelo tomador¹⁶¹.

O dever de aconselhamento tem estreita ligação com a avaliação dos riscos do crédito e a capacidade de reembolso do tomador e deve ser feita de maneira casuística, tendo o

159 Esse dever de informação nos contratos de crédito já vem previsto no art.52 do CDC, nos seguintes termos: “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento”.

160 No original: “L’obligation d’informer le consommateur se transforme, ici, en une véritable obligation précontractuelle de le conseiller dans sa décision de contracter ou de ne pas contracter, afin qu’il ne se trompe pas: on s’éloigne de la protection contre le dol et l’on se rapproche de la protection contre l’erreur.” FERRIER, Didier. *La Protection des Consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996, pp. 34-35.

161 LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas ao superendividamento de devedores na União Europeia. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 214, out. 2010.

profissional de realizar uma análise da situação financeira do consumidor que requer o crédito, pautada pela razoabilidade.

O PLS 283/2012¹⁶², que dispõe sobre o aperfeiçoamento da concessão do crédito e a prevenção do superendividamento, em tramitação no Congresso Nacional, estabelece o dever de aconselhamento imposto ao fornecedor ou intermediário nos contratos de fornecimento de crédito, bem como a avaliação do risco do crédito. O projeto propõe a inserção do art. 54-C ao CDC, com a determinação de que, “no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas:

“(...) I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade de crédito oferecido, assim como as consequências genéricas e específica do inadimplemento; II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação de documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; (...)”

Interessante ressaltar que o projeto impõe como sanção ao descumprimento dos deveres previstos no artigo “a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor”.

Assim, a par de consagrar e definir o dever de aconselhamento e do crédito responsável, o dispositivo instituiu sanções para o descumprimento dos deveres impostos, bem como positivou a responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão do crédito¹⁶³. Segundo o relator do projeto, senador Ricardo Ferraço, as sanções previs-

162 Atualmente o PLS encontra-se na Câmara do Deputados, onde recebeu o n. PL 3515, em tramitação na Câmara do Deputados (PLS 283), que dispõe sobre o aperfeiçoamento da concessão do crédito e a prevenção do superendividamento, estabelece o dever de aconselhamento imposto ao fornecedor ou intermediário nos contratos de fornecimento de crédito, bem como a avaliação do risco do crédito. O projeto Manteve a proposição original com a inserção do art. 54-C ao CDC, com a determinação de que, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas, avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação de documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito.

163 Na Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor, foram apresentadas emendas ao projeto, (de n. 23, 24, 25 e 26), relativas ao art. 54-C, de autoria dos senadores Armando Monteiro, Vital do Rêgo e Romero Jucá, que visavam à supressão do § 2º do dispositivo, o qual, justamente, fixa as sanções ao descumprimento das obrigações impostas ao fornecedor, sob o argumento de que “(...) o dispositivo poderia causar insegurança jurídica e eventuais abusos”, na medida em que “(...) pode acarretar a inexigibilidade dos juros ou crédito”, bem como a alteração do dispositivo proposto, para substituir os verbos “esclarecer, aconselhar e advertir” pelo verbo informar. As emendas foram rejeitadas. O argumento do relator para a rejeição, se-

tas valorizam os deveres de informar, “para que o consumidor informado possa concluir créditos com os melhores fornecedores e não remediar créditos flagrantemente concedidos de forma irresponsável. Para mudar o mercado é necessário mais informação e transparência do *expert* em relação ao leigo”.

A concessão do crédito responsável passa ainda pela restrição da publicidade que estimule a tomada irresponsável do crédito ou que se valha da vulnerabilidade do consumidor. Especialmente no que diz respeito à oferta e publicidade de crédito, se antes assumia caráter meramente institucional, hoje se utiliza de meios agressivos e insidiosos para colocação de seus produtos no mercado.

De acordo com André Perin Schmidt Neto, a publicidade não deve induzir o consumidor a crer que não existe nenhum perigo ou consequência em contratar o crédito. A publicidade deve abster-se, assim, de fornecer informações distorcidas — do tipo “crédito gratuito¹⁶⁴”. É ônus do fornecedor do crédito informar de forma “destacada, completa exaustiva todas as condições contratuais que possam dificultar o cumprimento do pacto”, sob pena de não vincular o consumidor¹⁶⁵. Essa proteção vem ao encontro da proteção concedida ao consumidor vulnerável¹⁶⁶.

nador Ricardo Ferraço, deu-se no seguinte sentido: “(...) justamente a passagem de uma informação simples para uma informação responsável e leal, de acordo com os padrões hoje mundiais de concessão responsável de crédito é um dos objetivos do projeto, daí a necessidade da manutenção da sanção para a conduta da concessão irresponsável e agressiva prevista no parágrafo segundo que dá congruência ao projeto.” Em relação à Emenda 26, o relator rejeitou a sugestão do senador Vital do Rêgo, que propunha a exclusão do § 1º do artigo, afirmando que “(...) apesar de sua boa intenção, o parágrafo primeiro é de suma importância, pois determina que, a exemplo do direito comparado, aprovado cumprimento dos deveres previstos nestas normas incumbe ao fornecedor e ao intermediário de crédito e não ao consumidor. Da mesma forma, a sanção prevista no parágrafo segundo valoriza os deveres de informar, para que o consumidor informado possa concluir créditos com os melhores fornecedores e não remediar créditos flagrantemente concedidos de forma irresponsável. Para mudar o mercado é necessário mais informação e transparência do *expert* em relação ao leigo”.

164 SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

165 CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177.

166 Segundo Marcio Mello Casado, “(...) o consumidor é uma pessoa que nem sequer tem interesse que lhe expliquem com detalhes o funcionamento do contrato ao qual ele está para aderir. Em se tratando de contrato bancário, esse fato é uma verdade incontestável. Imaginemos que o consumidor esteja a pleitear um financiamento imobiliário. Nessa hipótese, ele não adere a um contrato simples. Ele adquire um sonho. Pouco importa, ainda mais se tal informação é prestada sem destaque pelo banco, se, em dez anos, a forma de cálculo eleita trará onerosidade excessiva. O que o consumidor vê é a possibilidade de seus filhos desfrutarem da área de lazer do bem. Ele pensa nos churrascos que poderá fazer com os amigos e familiares. Pensa na alegria de decorar o bem com os móveis escolhidos por ele e sua mulher e no futuro promissor que ele terá desfrutando do imóvel. A questão não se resume simplesmente a assinar um contrato, mas à aquisição, ainda mais em se tratando de Brasil, do bem que o cidadão mais persegue: a casa própria”. CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 176.

No sistema francês existem na legislação medidas que buscam especificamente a prevenção do superendividamento. Entre as medidas previstas na lei destacam-se: (a) o *prazo de reflexão*, que dá ao consumidor a faculdade de retratação em sete dias, na hipótese de crédito mobiliário e de dez dias no caso de crédito imobiliário, visando a estimular o consumidor “a refletir sobre a real necessidade/utilidade da compra vislumbrada e sobre sua real possibilidade de pagar a futura dívida¹⁶⁷” e (b) a *criação de um fichário nacional de recenseamento das informações sobre incidentes de pagamento*, que visa a disponibilizar aos fornecedores de crédito as informações necessárias para que possam apreciar a capacidade de pagamento dos consumidores.

Como instrumento de informação basicamente destinado aos profissionais bancários, cuida-se de importante mecanismo para aferição da concessão responsável do crédito, podendo o agente financeiro ser responsabilizado pela má concessão. Não obstante o esforço de prevenção do superendividamento, as medidas profiláticas nem sempre evitam que o fenômeno se instale na vida dos consumidores e de suas famílias e provoque os efeitos deletérios já esboçados anteriormente¹⁶⁸. O superendividamento caracteriza-se, como já foi dito, pela incapacidade global de pagamento das dívidas pelo devedor pessoa física de boa-fé e, assim sendo, demanda procedimentos coletivos que visem a recuperar financeiramente o devedor.

O dever de aconselhamento se assenta ainda no fato de que o comprometimento da qualidade de informação necessária ao consentimento do consumidor caracteriza-se como abusividade contratual. A assimetria de informação é a marca das relações de consumo. Os contratantes, “pessoas físicas, leigas, costumam tomar suas decisões sem o auxílio de um *expert* e com racionalidade limitada ou influenciada por fatores externos¹⁶⁹”. Assim, se ao contratante não é dado conhecer os termos do contrato, quer diante da indefinição sobre quais os encargos cobrados, quer pela fixação unilateral dos seus parâmetros, essa cláusula não obriga, sendo nula¹⁷⁰.

167 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

168 Nas palavras de Clarissa Costa, “(...) o Banco Mundial reconheceu a importância de um sistema formal de tratamento do superendividamento do consumidor para atenuar os efeitos negativos sistêmicos decorrentes da falta de regulamentação, contribuindo para uma economia doméstica mais saudável e estável e, igualmente, para maior competitividade internacional em um mercado cada vez mais global”. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

169 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

170 Merece aqui registro a crítica de Andressa Oliveira sobre a aplicação do critério da taxa média de mercado na cobrança da comissão de permanência: “(...) os argumentos econômicos sobre a conjuntura de regulação dos preços e taxas pelo mercado financeiro, lançados em abstrato nos julgamentos, permitiram que a Cor-

O mais grave das práticas contratuais abusivas relativas aos juros é que, isoladamente, elas até podem não ter um impacto grande na majoração das dívidas individuais, mas aplicadas simultaneamente podem causar desequilíbrio nos contratos, onerando os devedores de forma excessiva e inviabilizando o adimplemento da obrigação. E não é desnecessário lembrar que o superendividamento do devedor é um fato individual, mas que pode ter consequências sociais desastrosas.

De outra parte, não parece haver interesse das instituições financeiras na mudança dessa situação. Pesquisas recentes apontam no sentido de que aos bancos interessa a inadimplência dos devedores, pois isso aumenta sua lucratividade. Scavone Junior afirma que:

“(...) há décadas as taxas de juros brasileiras são as maiores do mundo, como as que ora vigoram no crédito pessoal e atingem o patamar de 19,51% ao mês. Demais disso, e até por isso, é significativa a participação dos bancos no Produto Interno Bruto brasileiro. É evidente que a redução dessas taxas representaria substancial redução da inadimplência. Todavia, conseqüentemente, os lucros bancários seriam reduzidos, sendo esse fato, talvez, a principal dificuldade para redução da taxa de juros.”¹⁷¹

Em abono à conclusão de que a inadimplência interessa às instituições financeiras, Andressa Oliveira afirma que tal fato é o principal componente do *spread* bancário (compõe 37% do *spread* bancário), que, no caso brasileiro, ocupa o 3º lugar de maior do mundo. Assim, “dentro do discurso de que os juros são altos, porque a inadimplência é alta, *pode-se afirmar que aos bancos interessa a inadimplência, que lhes permite uma maior lucratividade*”¹⁷².

te Superior estabelecesse a limitação dos encargos moratórios, a partir de um critério inexistente. E assim, os discursos da regulação pela taxa média de mercado chegou ao ponto de ser acolhido e creditado como verdadeiro, sem qualquer verificação empírica — que facilmente demonstraria que o critério adotado não passava de ficção, sem correspondência no mundo real”. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 354.

171 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 54.

172 A autora elenca três motivos principais para fundamentar suas conclusões do interesse dos bancos na inadimplência dos devedores: (1) “o risco integral da inadimplência não é arcado pelo banco, mas sim repassado aos consumidores, pelos percentuais inseridos nas taxas de juros de cada empréstimo firmado por seus clientes. Quanto maior for o provisionamento do risco de inadimplência, maiores serão as taxas de juros e o lucro do banco”; (2) “o atraso no pagamento da dívida autoriza o banco a aplicar os encargos moratórios, gerando acréscimos adicionais ao saldo devedor e aumentando o resultado final da operação de crédito”; 3) “para reaver os valores em atraso, os bancos adotam como praxe conceder abatimentos ao valor da dívida, como meio de facilitar o pagamento pelo inadimplente. Quanto maior o período em atraso, maior o desconto concedido. O que justifica tamanha ‘benesse’ dos bancos, que chegam a conceder descontos de até 98% (ou mais!) nas campanhas de acordo, é que a diferença entre o valor atualizado da dívida (conforme critérios do banco) e o valor pago pelo cliente, é contabilizado como perda, prejuízo que será registrado para abatimento no cálculo do imposto de renda da instituição financeira”. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 354.

No mesmo sentido, Antônio Carlos Efig afirma que “a verdade precisa ser dita: em certa medida, sim, as instituições financeiras lucram com a inadimplência.” Essa prática onera os tomadores de crédito de menor valor, justamente aqueles mais suscetíveis ao superendividamento. E, em feliz síntese da questão, conclui o autor:

“O desmedido lucro dos bancos e a inércia daqueles que poderiam intervir têm um preço muito elevado para a sociedade e à economia brasileira. Em um jogo de ponderação de valores, não é aceitável, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a livre iniciativa da atividade bancária viole as normas de concorrência, reiteradamente utilize-se de práticas abusivas em prejuízo de uma coletividade de cidadãos-consumidores e, comprometa o desenvolvimento econômico de toda uma nação.”¹⁷³

A despeito da ausência de uma legislação normalizando o tema, verifica-se na jurisprudência uma tendência a se admitir e respaldar as novas obrigações do fornecedor nos contratos de crédito, em relação aos deveres de informação, transparência e aconselhamento. No STJ, apesar da ausência de julgados versando sobre o dever de aconselhamento, merece registro voto do ministro Ruy Rosado Aguiar no REsp 438700/RJ, no qual, numa relação de prestação de serviços de cartão de crédito, reconheceu o ônus de provar que prestou a informação necessária para que o devedor pudesse avaliar as consequências da contratação. O ministro alegou que:

“(...) nos autos, não existe nenhum documento fornecido pela administradora informando o modo pelo qual foi composto o débito, percentual de juros, despesas, etc. Diante desse quadro, rejeitar a alegação da autora de que estão sendo cobrados juros excessivos e capitalizados, sob o fundamento de que essa matéria não pode ser revista, e assim ter como desnecessária a prova, constitui, na verdade, solução que impede o alcance de uma decisão justa. Tal entendimento elimina o princípio básico de que o fornecedor deve transmitir ao consumidor toda a informação de que dispõe sobre o negócio, os fatores considerados e as consequências de seus atos, a fim de que este possa bem se orientar na relação.”¹⁷⁴

Importante julgado do TJDF, de relatoria da desembargadora Vera Andrighi, expressamente reconheceu o dever de aconselhamento da instituição financeira, que desborda

173 EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 354.

174 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp 438700 RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 26 maio 2003, p. 364.

dos limites do simples dever de informação. A relatora ressaltou que o dever de informação suplanta a simples informação sobre as condições do contrato, bem como que existe a necessidade de cogestão equilibrada do crédito, tudo com vistas a evitar a assunção de dívida impagável, destacando que:

“(…). No que tange ao dever de informação, imposto aos credores de empréstimos bancários, é certo que este suplanta o simples esclarecimento quanto aos prazos, às parcelas e taxas de juros aplicáveis, para alcançar, na relação bancária continuada, a avaliação eficaz do risco, a fim de prevenir a assunção de dívida impagável. Em última análise, havendo manifesta negligência na co-gestão equilibrada do crédito, assume o credor o ônus de rever suas expectativas iniciais de recebimento, pois não lhe será lícita a apropriação de parcelas alimentares do devedor, inegociáveis pela vontade privada, quando ausente a boa-fé objetiva, caracterizada pela concessão de empréstimos incongruentes e desproporcionais.”¹⁷⁵

Em outro julgado interessante, a desembargadora do TJDF, relatora Simone Lucindo, afirmou em seu voto que, “segundo a teoria do crédito responsável, as empresas, ao concederem o crédito, devem adotar as cautelas necessárias ao efetivo recebimento do retorno financeiro, mas também devem tomar essas medidas visando coibir a superendividamento dos consumidores.”^{176 177}

175 Merece destaque a conclusão do acórdão que estabeleceu parâmetros para a limitação dos descontos: “Para que não seja estendido o presente entendimento a toda e qualquer espécie de mútuo bancário, urge destacar os parâmetros objetivos que amparam o provimento ora restritivo: (a) o volume de empréstimos concedido é manifestamente superior à capacidade de solvência do correntista; (b) o credor conhecia a noticiada insuficiência de recursos; (c) os descontos incidem sobre verba alimentar indispensável à manutenção do devedor, fato que pode ser presumido, pois a soma das prestações a serem debitadas consome mais da metade da renda mensal do trabalhador”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 6ª Turma. APC 2011091011352-DF. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. *DJe* 06 ago. 2013. O mesmo posicionamento pode ser observado nos processos da mesma relatora de n. EIC 20110110512500; APC 20090111584026; APC 20100111314895; APC 20080111444339.

176 A relatora afirmou que, “(…) buscando evitar o superendividamento dos consumidores, os descontos em conta corrente, mesmo que oriundos da livre vontade das partes, não podem esvaziar a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana a ponto de comprometer a subsistência do devedor e de sua família. À vista disso é forçoso reconhecer que o agravante obteve vários empréstimos junto ao banco agravado, no qual, inclusive, tem conta corrente em que são depositados seus vencimentos. Diante de tal quadro é certo que o agravado contava com informações tanto do valor percebido mensalmente pelo agravante quanto do montante da dívida que ele estava assumindo. Dentro dos parâmetros de um serviço bancário claro e adequado não se admite, nesse contexto, que o mutuante não tenha ciência do corrente comprometimento da renda do mutuário. Nesse contexto, atua com negligência a instituição financeira que, mesmo diante de tal situação, permanece realizando contratos de mútuo com o devedor, olvidando-se de seus deveres anexos de boa-fé objetiva, transparência, dever de informação e equilíbrio contratual”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1ª Turma Cível. AGI 2014 00 2 013908-0. *DJe* 04 set. 2014.

177 Esta pesquisadora, como integrante da 2ª Turma Recursal do TJDF, teve oportunidade de decidir com base no descumprimento do dever de aconselhamento imposto à instituição financeira, conforme ementa a seguir transcrita: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RETENÇÃO INTEGRAL DOS RENDIMENTOS DO CONTRATO PARA PAGAMENTO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMOS. IMPOSSIBILIDADE. DESRESPEITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. AFRONTA À DIGNIDADE

Assim, percebe-se a possibilidade de utilização de parâmetros de aferição da concessão responsável do crédito, não obstante a jurisprudência os aplique ainda de maneira incipiente e vinculada à possibilidade de limitação dos descontos de pagamento contratados. É importante lembrar que essa limitação de descontos em folha de pagamento ou em conta corrente, notadamente nos contratos de crédito consignado, está regulada por lei, e o parâmetro de 30% dos vencimentos do devedor é um limite estabelecido pela lei. Em relação aos demais contratos de crédito, o limite de desconto para pagamento foi obtido pela aplicação analógica do parâmetro legislativo do crédito consignado.

Não se trata, pois, de considerar os critérios para aferição do crédito responsável como parâmetros para a revisão judicial dos demais contratos e muito menos de tratamento de situações que englobem uma situação de superendividamento. O esforço interpretativo e argumentativo nos julgados ainda esbarra nos limites dogmáticos do princípio da força obrigatória dos contratos, *pacta sunt servanda*, e na ausência de um sistema de tratamento que permita a reabilitação financeira e social do devedor, em benefício próprio e de sua família.

Mesmo diante da existência de arcabouço hermenêutico protetivo do consumidor, com vistas a auxiliar o juiz a cumprir o mandamento constitucional de defesa do vulnerável, sem uma lei que determine os limites de intervenção no contrato e estabeleça mecanismos de atuação em defesa do devedor superendividado, não se vislumbra a possibilidade de parcelamento compulsório dos débitos ou outro mecanismo que não seja obtido pela via consensual.

Além do dever de aconselhamento previsto no projeto de tratamento do superendividamento em tramitação, com vistas a garantir a concessão responsável do crédito e de modo a evitar os deletérios efeitos sistêmicos que créditos concedidos sem garantia provocam, é necessário que se proteja os consumidores do assédio de consumo. Esse o tema do próximo tópico.

DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA E DE ACONSELHAMENTO AO CORRENTISTA. LIMITAÇÃO A 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO CORRENTISTA. DEVOLUÇÃO DE 70% DOS RENDIMENTOS DESCONTADOS. I - A mera assinatura do contrato não caracteriza a prestação adequada do DEVER de informação e ACONSELHAMENTO imputável ao credor. II - Ainda que exista a cláusula contratual que autorize o débito em conta, e que esta, analisada isoladamente, não contenha em si o vício da nulidade, observa-se pela execução conjunta dos descontos a formação de obrigação de flagrante iniquidade, passível de suspensão, por instituir DEVER inexecutável, inconciliável com os princípios que regem o Direito dos Contratos. III - A soma mensal das prestações referentes às consignações facultativas ou voluntárias, como empréstimos e financiamentos, não pode ultrapassar o limite de 30% dos vencimentos do trabalhador. REsp 1.186.965 - 3ª Turma. IV - Agravo conhecido e provido para confirmar os efeitos da tutela e limitar os descontos em 30%, além de condenar o banco agravado a devolver 70% dos valores descontados a partir da decisão que deferiu a providência acatutelatória. DVJ 2014 00 2 027869-2, julgado em 09/12/2014.

| 3.3 Assédio ao consumo

No que diz respeito à concessão de crédito responsável, um dos temas mais instigantes é o combate ao assédio de consumo, com vistas sobretudo à proteção de grupos específicos de consumidores considerados mais vulneráveis que as demais em razão de circunstâncias específicas, como no caso de idosos e analfabetos, pessoas que a doutrina passou a nominar como “hipervulneráveis”.¹⁷⁸

Cristiano Heineck Schmitt¹⁷⁹ apresenta três formas pelas quais a fragilidade dos consumidores se apresenta nas relações de consumo, todas elas ligadas à manutenção da igualdade entre as partes contratantes: a primeira forma diz respeito à publicidade, que — por meio de modernas e agressivas técnicas de marketing e mecanismos de manipulação psíquica — cria necessidades antes inexistentes e induzem ao consumo. “O indivíduo tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre normalmente de forma despercebida”¹⁸⁰.

A segunda diz respeito a uma vulnerabilidade técnico-profissional, pois são os fornecedores que possuem o conhecimento específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que usualmente se vê privado dessa informação. Quanto à terceira forma, aparece como vulnerabilidade jurídica, pois, além das técnicas de contratação de massa, as empresas muitas vezes possuem setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais, sendo o consumidor um litigante eventual, ao passo que o fornecedor, sobretudo se representado por empresas maiores, é litigante habituado a disputas judiciais. E mais, “os contratos de adesão e similares notabilizam-se por serem técnicos, complexos, às vezes pouco esclarecedores e transparentes, elaborados com intuito de dificultar a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor”¹⁸¹.

178 A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

179 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

180 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

181 Ao lado dessas três formas apresentadas, Cristiano Heineck Schmitt apresenta, no mesmo texto citado, também formas secundárias de demonstração da superioridade do fornecedor sobre o consumidor: vulnerabilidade política ou legislativa — que decorre da ausência de organização de associações ou entidades representativas de consumidores com força suficiente para influenciar, de forma decisiva, na criação de instrumentos protetivos e na contenção de mecanismos prejudiciais aos consumidores; vulnerabilidade psíquica ou biológica; vulnerabilidade ambiental — caracterizada como “resultado das agressões ambientais, decorrentes da produção, do transporte de bens, da utilização de produtos lesivos ao meio ambiente e da comercialização de produtos nocivos à saúde, sem

No ordenamento brasileiro o art. 39, IV do CDC qualifica como abusiva a prática do fornecedor que “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua **idade, saúde, conhecimento** ou **condição social**, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Assim, o dispositivo já qualifica como pratica abusiva prevaler-se da fragilidade do consumidor para impor a contratação de produtos e serviços. Não obstante, não faz a necessária diferenciação entre pratica abusiva e assédio de consumo, muito embora sejam conceitos muito próximos.

Prática abusiva, na definição de Herman Benjamim é aquela praticada “em desconformidade com padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”¹⁸², ferindo a ordem jurídica por afronta à boa-fé, à ordem pública e os bons costumes. As práticas abusivas se caracterizam a partir de comportamentos, tanto na esfera contratual, quanto à margem dela, que abusam da boa-fé do consumidor ou situação de inferioridade econômica, em que o mesmo fique exposto, ampliando a sua vulnerabilidade, incluindo assim o assédio ao consumo, principalmente se a prática abusiva for considerada agressiva.

No direito Europeu é possível encontrar regramento mais específico sobre o tema, notadamente a Diretiva 2005/2009/CE, principalmente em relação às práticas agressivas. O art. 8º da Diretiva define como praticas agressivas aquelas em que, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicam ou são suscetíveis de “prejudicar significativamente, devido a assédio, coação, incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja suscetível de o conduzir a tomar uma decisão que este não teria tomado de outro modo”.¹⁸³

Trata-se de um conceito “fluido e flexível”, de modo a possibilitar sua aplicação às mais diversas formas de manifestação no mercado consumo e acompanhar a velocidade com que esse mercado se transforma. Assim, são os consumidores hipervulneráveis os mais expostos às agressivas técnicas de marketing e publicidade, que culminam por diminuir ou prejudicar a capacidade de tomar decisões considerando todas as suas consequências e implicações. Não se deve esquecer que as pressões intensas e agressivas

o controle necessário, atinge diretamente o homem, que é naturalmente o consumidor, colocando-o em posição fragilizada na sociedade de consumo; e vulnerabilidade econômica e social, que decorre diretamente da disparidade de forças existentes entre os consumidores e os agentes econômicos. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

182 BENJAMIN, Herman et alii. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

183 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 310.

dos fornecedores, sobretudo dos fornecedores de crédito, normalmente culminam por comprometer uma decisão racional do consumidor hipervulnerável.

Segundo Claudia Lima Marques, o assédio ao consumo é um dos elementos ou espécie da prática comercial agressiva, caracterizada pelo assédio, pela coerção e pela influência indevida de profissional. Para autora, “a prática agressiva é aquela que tenta pressionar o consumidor de forma a influenciar (paralisar ou impor) sua decisão de consumo, explorando emoções, medos, confiança em relação a terceiros, explorando a posição de expert do fornecedor e as circunstâncias especiais do consumidor”.¹⁸⁴ O assédio ao consumo pode ser definido como “pressões exercidas pelos fornecedores que acabam impedindo uma decisão racional do consumidor”¹⁸⁵

Mas não é somente no momento da contratação que ocorre o assédio ao consumo. Ele pode acontecer durante a execução dos contratos, principalmente nos contratos de crédito de cunho continuado, que assumem contornos de contratos existenciais, na medida em que se tornam indispensáveis no cotidiano de centenas de consumidores, contratos caracterizados como contratos cativos de longa duração, na expressão cunhada por Claudia Lima Marques. São contratos como cheque especial, cartão de crédito e crédito consignado, entre outros.

Na execução de tais contratos, a figura do assédio pode aparecer por intermédio das “renovações contratuais ou *up grades* por telemarketing, na cobrança indevida de dívidas”.

Na caracterização do assédio ao consumo devem ser considerados aspectos relativos à função social do crédito, notadamente as qualidades peculiares do crédito contratado (objetivas e subjetivas), tais como as “condições pessoais do consumidor, a finalidade do crédito, a repercussão social e os efeitos no núcleo familiar”¹⁸⁶. Assim, há que se averiguar se o crédito é destinado à satisfação de necessidades básicas como alimentação, moradia, vestuário, ou se o crédito é destinado aos consumos de segunda ordem, tais como férias, refeições fora de casa, viagens, entre outros, ou seja, se os gastos se relacionam com cultura e lazer, entre outras finalidades.

184 MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

185 HOWELLS, Geraint. *Agressive Commercial Practices*. In: HOWELLS, Geraint; MICKLITZ, Hans; W. WILHELMS-SON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006 p. 172. Apud MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

186 OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 197.

Sob esse aspecto, a avaliação do assédio deve buscar amparo no paradigma da essencialidade, na forma preconizada por Teresa Negreiros. Segundo a autora, “à luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais^{187 188}”.

As pesquisas sobre superendividamento demonstram que dificilmente um devedor para de pagar todos os débitos simultaneamente e que quase sempre o inadimplemento começa por pequenas dívidas, tais como telefone, televisão a cabo, condomínio, cartão de crédito, mantendo-se o pagamento das despesas essenciais e dos financiamentos maiores, como o carro ou o imóvel¹⁸⁹. Dessa forma, tanto na prevenção como no tratamento da situação de superendividamento, a função social do contrato se torna um instrumento valioso para que, a partir da importância do bem ou serviço objeto do contrato, sejam coibidas práticas contratuais abusivas, bem como o assédio nas relações de consumo.

Do ponto de vista subjetivo, o cumprimento da função social do contrato como instrumento de combate ao assédio, impõe ainda que se avaliem as condições pessoais do contratante. Os contratos contemporâneos se tornaram massificados, sendo cada vez mais raros os contratos firmados “entre iguais”. E os contratos bancários, como contratos de adesão que são, normalmente são redigidos com cláusulas formalmente iguais que desconsideram as condições peculiares de cada relação ajustada, provocando a “despersonalização do contrato¹⁹⁰” e ignorando a condição do sujeito (hiper)vulnerável da relação¹⁹¹.

187 Segundo Teresa Negreiros, “(...) o paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança do modo de se conceber os princípios do contrato, trazendo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista essencialmente neutra do fenômeno contratual. Com tal, o paradigma da essencialidade proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual, constituindo ao mesmo tempo uma expressão e um compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade *essencial* da pessoa humana(...)”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 380.

188 Em sentido similar, Ruy Rosado de Aguiar, com base na doutrina do prof. Junqueira Azevedo, classifica os contratos em contratos existenciais e contratos de lucro ou empresariais. Os contratos existenciais “(...) teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República”. AGUIAR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 45, p. 101, jan./mar. 2011.

189 FRADE, Catarina (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, p. 34.

190 Ricardo Luis Lorenzetti, ao tratar dos contratos relacionais e de suas diferenças em relação ao contrato concebido tradicionalmente trata da desmaterialização do objeto dos contratos. “(...) *no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que, (...) El objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad*”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Esquema de una teoría sistêmica del contrato*. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 68, jan./mar. 2000. No mesmo sentido SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87. (A questão relativa aos contratos relacionais será retomada no próximo tópico de maneira mais detalhada.)

191 Sobre a massificação dos contratos de consumo, adverte Cristiano Heineck Schmitt que “(...) assim como ocorre com os instrumentos negociais similares ao contrato de adesão, nota-se, no seu bojo, a variante da impessoali-

O que não se pode olvidar, entretanto, é que mesmo os contratos de adesão (ou qualquer outra forma de padronização dos contratos de massa) são contratos sinalagmáticos, marcados pela reciprocidade entre vantagens e ônus das partes, de maneira equilibrada¹⁹². A despersonalização do contrato e a desconsideração da vulnerabilidade do contratante de crédito podem levar à ruptura do sinalagma genético ou superveniente, ou seja, pode levar à quebra do equilíbrio contratual.

A Diretiva 2005/29 da Comunidade Europeia, em seu art. 9º, explicita alguns parâmetros para avaliação do assédio ao consumo e impõe a avaliação de condições do momento da contratação, entre elas: “a) o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e sua persistência; b) o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) o aproveitamento profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto; d) qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver o contrato, ou de trocar de produto ou de profissional; e) qualquer ameaça que intentar uma ação quando não seja legalmente possível.”

O Anexo I – à Diretiva 2005/29/CE, descreve práticas abusivas/agressivas que guardam intensa relação com a caracterização do assédio de consumo e que podem comprometer seriamente a capacidade de escolha do consumidor, principalmente daqueles cuja capacidade de discernimento é comprometida por suas condições pessoais: uma doença, imaturidade, desconhecimento de novas tecnologias utilizadas para a contratação ou mesmo a idade avançada. As condutas listadas englobam: a) criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato; b) contatar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional; c) fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância exceto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.

dade. A contratação moderna, regida pelas formas contratuais acima apontadas, provocou uma crise de identidade, com o desaparecimento do indivíduo como pessoa a quem se deve determinado tipo de consideração para privilegiar unicamente o número do cliente, ou até o número do contrato”. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

192 Aqui não se está a abordar a questão dos contratos relacionais e suas diferenças estruturais em relação aos contratos descontínuos, mesmo que abertos, o que será objeto de análise no próximo tópico.

d) deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais; e) incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados; f) transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante um determinado ato, irá ganhar um prêmio ou outra vantagem quando: não existe qualquer prêmio nem vantagem ou a prática de atos para reclamar o prêmio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

Das as circunstâncias listadas, seja na Diretiva, seja em seu anexo, merecem destaque em relação à avaliação do assédio aquelas que expressamente impõem o exame do momento e local em que a prática é aplicada, sua natureza e a sua persistência, bem como o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos, pois, além de impedir uma decisão racional do consumidor, o assédio é uma prática agressiva “que invade o espaço privado do consumidor tornando-o desagradável e prejudicando sua capacidade de decidir, a insistência, as solicitações não requeridas, o tempo e o local da insistência, a linguagem desagradável, as ameaças, o *bullying* são condutas comuns nestes casos”.¹⁹³

Por fim, ainda em relação ao assédio, Claudia Lima Marques destaca que segundo a diretiva 2005/29, “a sensibilidade e as fraquezas dos consumidores individuais são levadas em conta, pois é *via-a-vis* o grupo de consumidores visados (*target*: doentes, idosos, pessoas de reduzida formação escolar ou analfabetos, mulheres etc.) que esta prática pode ser considerada assediadora”. Podem ainda ser consideradas assédio as práticas de alguns setores, como “o chamado automático por máquinas, computadores e e-mails sem consentimento anterior”.¹⁹⁴

De outra parte, o assédio não se encontra adstrito às práticas agressivas, mas pode ser caracterizado quando há a utilização de instrumentos de sedução sutil do consumidor à contratação. Nestas hipóteses, de igual modo há o comprometimento da capacidade de escolha do consumidor. Como afirma Marcos Catalan, “o assédio de consumo, portanto, não se esgota em práticas que, evidentemente, revelem-se violentas, compreendendo, também, aquelas efetuadas por meio do encantamento que busca obnubilar

193 HOWELLS, Geraint. Aggressive Commercial Practices. In: HOWELLS, Geraint; MICKLITZ, Hans; W. WILHELMS-SON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 172. Apud MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016, p. 13.

194 MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016, p. 13.

a ínfima parcela de razão que orienta a vida de pessoas, inexoravelmente imersas na Sociedade de consumo. Sedução que, quando reiterada, municiada com a promessa de novas doses de dopamina, potencializa, substancialmente, a força de convencimento contida nas sucessivas promessas de felicidade difundidas pela mídia.¹⁹⁵

No momento do fechamento deste texto, em relação à tramitação do Projeto de Lei 3515/2015, que pretende a modificação do CDC para regulamentar a matéria acerca do superendividamento e que inclui a previsão da figura do assédio de consumo, verificou-se que este manteve a redação aprovada na Comissão Especial no Senado (PLS 283). Pela redação aprovada naquela casa, foi contemplada expressamente a proibição ao fornecedor de assediar ou pressionar o consumidor, principalmente idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, nos termos do art. 53 C. V. Assim, após a aprovação do texto, fica proibido assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.¹⁹⁶

Coibir o assédio ao consumo, sem sombra de dúvidas é fundamental para a prevenção do superendividamento, principalmente em relação ao hipervulneráveis. O mercado de consumo tem muito a ganhar com a concessão de crédito consciente e a proteção do consumidor em relação às pressões dos fornecedores em especial aos idosos, analfabetos e todos os indivíduos que possuem um estado de vulnerabilidade agravada.

195 Os autores apresentam algumas práticas que podem caracterizar o assédio de consumo: Prática que, talvez, revele-se (a) nas repetidas visitas ao domicílio do consumidor, (b) no spam, (c) no assédio a idosos nas filas dos bancos, com sedutoras ofertas de crédito ou com a possibilidade de vir a ser premiado, (d) no persistente contato – via telefone, fax, e-mail ou qualquer outro mecanismo de comunicação – visando a comercialização de algum bem, serviço ou a concessão de crédito, (e) na reiteração da necessidade de alteração do regime contratual vigente, (f) na exortação das crianças para que convençam adultos a comprar-lhes algo, (g) nas promessas de cura dos mais distintos males reverberadas pelos mídia, etc. CATALAN, Marcos Jorge e PITOL, Yasmine Ueque. *Primeiras linhas sobre o assédio de consumo no Brasil*. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em 26/02/2018.

196 O projeto já foi apreciado e aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, mas em 13/06/2017, houve a aprovação de requerimentos pretendendo a tramitação do projeto por mais de 3 comissões de mérito, assim determinou-se a criação de uma Comissão Especial para apreciação da matéria, nos termos do seguinte despacho: "Defiro os Requerimentos n. 6.464, 6.465 e 6.466, todos de 2017, nos termos do art. 141, caput, do RICD. Rejeito o despacho inicial apostado ao Projeto de Lei n. 3.515/2015, para incluir o exame pelas Comissões de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática. Por versar a referida proposição matéria de competência de mais de três Comissões de mérito, consoante o disposto no art. 34, II, do RICD, decido pela criação de Comissão Especial. ". Disponível em <www2.camara.leg.br>. Acesso em 22/02/2018.

Em julgado de relatoria do Ministro Hermam Benjamin, OSTJ, por intermédio da 1ª seção, reconheceu a importância da proteção dos consumidores com vulnerabilidade agravada, a teor do que que dispõe trecho da ementa, a seguir transcrito: “*Aose proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.*” REsp 931513 / RS; Primeira Seção; DJe 27/09/2010 RMP vol. 44 p. 257; RSTJ vol. 220 p. 83).

3.4 Cadastro positivo e credit scoring

No item relacionado ao dever de aconselhamento na concessão do crédito responsável, afirmou-se que é fundamental no processo de concessão do crédito, que o fornecedor avalie a capacidade de reembolso do consumidor. Com isso, as pressões e inseguranças advindas da concessão de crédito sem garantias suficientes, bem como os efeitos sistêmicos dessa prática, notadamente em relação às altas taxas de juros, tendem a ser equilibradas e são fundamentais para a prevenção do superendividamento dos consumidores.

Para tanto, além dos bancos de dados de proteção ao crédito, conhecidos como “cadastros de inadimplentes”, cuja regulamentação da atividade foi contemplada no CDC¹⁹⁷, foi criado pela Lei 12.414/2011 o cadastro positivo, bem como foi julgado o REsp 1419697/RS, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, (julgado nos moldes do art. 543-C do CPC – Recurso Repetitivo), que validou o sistema do *credit scoring* no direito brasileiro. O sistema do *credit scoring* é um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a um determinado consumidor, sendo a avaliação do risco realizada a partir de modelos estatísticos, com atribuição de nota ao consumidor avaliado, de acordo com

197 O art. 43 do CDC regulamentou a atividade dos cadastros de inadimplentes, nos seguintes termos: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor”.

a natureza da operação a ser realizada. Não se trata de cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo de risco de crédito, utilizando-se modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado, acessíveis via internet.

Em relação ao cadastro positivo, o art. 1º da Lei 12.414/2011, estabelece que o objetivo da lei é disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto no CDC. Apesar de ter ficado conhecida como a lei do cadastro positivo, o artigo mencionado fala em banco de dados com informação de adimplemento, marcando assim, a distinção entre os bancos de dados dos consumidores e cadastro de consumo.

Segundo Leonardo Bessa, a distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo se faz a partir da fonte e do destino da informação. Assim, os bancos de dados coletam informações do mercado, para oferecê-las ao próprio mercado. As informações não são obtidas do consumidor e não se destinam ao uso da própria entidade arquivista. Já os cadastros de consumo obtêm suas informações diretamente do consumidor, para uso de um fornecedor específico, com objetivo de “estretar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo a fidelizá-los a uma marca ou estabelecimento.”¹⁹⁸

Ainda segundo Bessa, os propósitos dos bancos de dados podem variar bastante, indo desde a possibilidade de oferecer um perfil do consumidor para determinação, com base em riscos individualizados, do valor do prêmio em contratos de seguro, perfis para celebração de contratos de plano de saúde, até oferecer informações úteis para análise de risco de concessão de crédito no mercado. Conclui então o autor que diante das diferenças apontadas entre os cadastros e os bancos de dados, o mais correto seria “falar-se em bancos de dados de proteção ao crédito e tratamento de informações positivas e não cadastro positivo.”¹⁹⁹

A informação positiva não se baseará mais exclusivamente nos dados pessoais do pretendente ao crédito, “antes agregará capacidade dedutiva, partindo dos dados armazenados e modelados, ou seja, informações que ajudarão a estimar a probabilidade de comportamento futuro”.²⁰⁰ Não obstante, o armazenamento e divulgação de informações do cadastro positivo devem ser harmonizados com o direito à privacidade e a hon-

198 BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo. Comentários à Lei 12.414 de 9 de junho de 2014*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011, p. 77.

199 BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo. Comentários à Lei 12.414 de 9 de junho de 2014*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011, p. 78.

200 COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Cadastro Positivo*. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 104.

ra dos dados, pois tais direitos de personalidade são consectários diretos do conceito de dignidade da pessoa humana, inserido no texto constitucional como valor fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse quadrante, é necessário que haja informação clara e suficiente ao consumidor acerca do alcance e consequências, sobretudo os riscos, de tratamento dos dados positivos autorizados pelo consumidor. Assim, trata-se de consentimento informado, nos termos do que estabelece o art. 4^a da Lei 12.414/11.²⁰¹

O consentimento informado é consectário da intangibilidade dos direitos de personalidade, reconhecida no art. 11 do Código Civil, o qual estabelece que, com exceção dos casos previstos em Lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Assim, só haverá genuíno exercício de autonomia em relação ao consentimento para tratamento dos dados disponibilizados no cadastro positivo, se a vontade for livre e informada.

Por isso mesmo, a Lei se preocupou em regular que tipo de informações podem conter os bancos de dados, estabelecendo que os dados devem ser adstritos a informações de adimplemento do cadastrado para formação do histórico de crédito, devendo ser armazenadas somente informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, necessárias para a avaliação da situação econômica do cadastrado.

O § 2º do art. 3º da Lei estabelece os conceitos de informação objetiva (aquela descritiva dos fatos e que não incluam juízo de valor), informação clara (aquela que possibilita o imediato entendimento do cadastrado, independentemente de remissão a anexos, fórmulas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica), informação verdadeira (aquela exata, completa e sujeita à aprovação nos termos da Lei), informação de fácil compreensão (aquela que em sentido comum assegura ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados).

A Lei, de igual modo, veda expressamente a veiculação de anotações de informações excessivas e de informações sensíveis. Excessivas são as informações que não forem indispensáveis para a avaliação da situação econômica do cadastrado e sensíveis são as

201 "Art. 4º - A abertura de cadastro requer uma autorização prévia do potencial cadastrado mediante **consentimento informado** por meio de assinatura em instrumento específico ou em clausula apartada."

informações atinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.²⁰²

A redação dos dispositivos citados, apesar de aparentemente clara, enseja algumas dificuldades de interpretação, notadamente em relação às informações excessivas, pois como se trata de um conceito avaliatório, sem um significado estabelecido *prima facie*, a questão é estabelecer quando a informação será excessiva ou não.²⁰³

A par de outras importantes regras estabelecidas pela Lei, importa salientar que a responsabilidade por danos materiais e morais causados ao cadastrado é objetiva e solidária em relação ao banco de dados, a fonte e consulente. Trata-se importante reconhecimento do risco envolvido na atividade de manutenção do cadastro e da necessidade de aplicação do princípio da reparação integral em relação aos prejuízos sofridos pelo cadastrado.

Antes de passarmos a uma breve análise do *credit scoring*, é importante registrar que se encontra em tramitação projeto que pretende a alteração da Lei do Cadastro positivo para, principalmente, estender ao cadastro positivo a mesma regra que hoje vale para o negativo: as instituições financeiras podem incluir informações no sistema sem autorização específica dos clientes, sem que isto seja considerado quebra do sigilo bancário. A principal justificativa para a medida foi a alegação de que atual modelo não alcançou efetividade, pois o número de adesões ao cadastro foi considerado muito baixo.²⁰⁴

Em relação ao *credit scoring*, a matéria foi objeto de julgamento em recurso repetitivo o REsp 1419697/RS, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª seção, DJe de 17/11/2014. Foram aprovadas 5 teses acerca do sistema, sendo elas:

202 Sobre as informações excessivas, Leonardo Bessa esclarece que "se pode ser verdadeiro que, sob a ótica econômica, quanto mais informações melhor é a avaliação de crédito (*more is better*), para o direito, para a proteção jurídica da privacidade, é fundamental restringi, tanto no tempo como na qualidade e quantidade, as informações que circulam pelos bancos de dados. (...) os dados coletados devem ser visivelmente úteis para os objetivos específicos do arquivo. Se não atenderem a esse pressuposto, a coleta e o tratamento das informações devem ser considerados ilegais, ilegítimos e ofensivos à privacidade (art. 5º, X, da CF)". Já em relação às informações sensíveis, pontua o autor que "o regime de dados sensíveis varia de acordo com a concepção a este respeito em cada ordenamento, mas é certo que, em todos os casos, objetiva-se atender a necessidade de se estabelecer uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória de informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações onde tal consequência pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis ou então a utilização destes dados se prestem a fins legítimos e lícitos." BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo. Comentários à Lei 12.414 de 9 de junho de 2014*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011, p. 94/96.

203 Carlos Costa cita como exemplo de possível informação excessiva a consulta a bancos de dados para fins de emprego, pois na maioria dos casos seria irrelevante ao empregador saber se o candidato atrasou duas ou três prestações de seus contratos de crédito. COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Cadastro Positivo*. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 132.

204 O projeto já foi aprovado no Senado, que aprovou o texto base do PLS 212/17, e encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

I - O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

II - Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

III - Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

IV - Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

V - O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

De início, cumpre esclarecer que o “credit scoring” ou simplesmente “creditscore” é um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a um determinado consumidor, sendo a avaliação do risco realizada a partir de modelos estatísticos, com atribuição de nota ao consumidor avaliado, de acordo com a natureza da operação a ser realizada. Não se trata de cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo de risco de crédito, utilizando-se modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado, acessíveis via internet.

Segundo entendimento do STJ, a nova metodologia é lícita, desde que respeitados os princípios básicos de proteção ao consumidor, principalmente em relação à tutela de sua privacidade e a necessidade de transparência nos arquivos das relações negociais de consumo.

É proibida ainda a utilização de dados sensíveis, estes definidos como aqueles atinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às

convicções políticas, religiosas e filosóficas do consumidor. Também devem ser respeitadas as limitações temporais para as informações a serem consideradas, quais sejam, cinco anos para os registros negativos, nos termos do CDC e quinze anos para o histórico do crédito, nos termos da Lei 12.414/2011. No que tange ao dever de informação, devem ser prestadas informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados pelo fornecedor e as respectivas fontes de consulta para a atribuição da nota (histórico do crédito), como previsto no CDC e na Lei 12.414/11.

Não se exige o prévio e expreso consentimento do consumidor avaliado, na medida em que não se trata de um banco de dados, mas de um método estatístico. Entretanto, as informações, quando solicitadas, devem ser prestadas com a indicação precisa de quais bancos de dados foram consultados, de modo a possibilitar ao consumidor o controle acerca das informações existentes a seu respeito, principalmente em relação àquelas sensíveis ou excessivas. Caracterizado o abuso de direito pela utilização de informações, a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de credit scoring, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente, nos termos do art. 2º da Lei do cadastro positivo.

4. Responsabilidade civil pela má concessão do crédito

Para dar sequência à discussão dos aspectos relevantes do superendividamento e consumo de crédito, principalmente no que diz respeito à questão da concessão responsável do crédito, impõe-se a uma breve digressão acerca da responsabilidade civil pela má concessão de crédito. A questão é muito importante, pois a concessão de crédito à pessoa sabidamente insolvente ou sem condições de solvibilidade, gerando inadimplência nos pagamentos dos contratos de crédito, produz efeitos não somente em relação ao devedor insolvente, mas efeitos sistêmicos que comprometem o mercado como um todo.

De início, o capítulo tratará da do consumo de crédito e responsabilidade civil, seguindo com a discussão atual da possibilidade de revisão dos contratos pela alegação de superendividamento. Fechando o capítulo, serão analisados alguns julgados do STJ sobre o tema para saber de que forma a jurisprudência da Corte Superior vem tratando a questão da revisão dos contratos e quais as consequências aplicáveis às instituições financeiras, se é que elas existem, na hipótese de concessão irresponsável do crédito.

| 4.1 Consumo de crédito e responsabilidade civil

Como visto anteriormente, a expansão e a facilitação na concessão de crédito para consumo representam hoje um dos maiores desafios regulatórios do direito do consumidor. Isso por que, na mesma proporção em que o crédito possibilitou acesso a um grande número de bens de consumo de maior valor, movimentando a economia, de outro lado gerou o risco de superendividamento dos devedores e crise de solvência de alguns débitos.

O que a realidade do consumo de crédito no Brasil vem demonstrando é que, em muitas situações, o crédito é concedido sem a análise da capacidade de endividamento do devedor, sem o oferecimento de garantias suficientes para a sua satisfação, quadro este acrescido de uma taxa de juros que se enquadra entre as mais altas do planeta, a depender da modalidade de crédito obtida, tudo isso aumentando o risco do credor.

Em consequência, verifica-se o que é lição comezinha no mercado de crédito, a afirmação de que quanto maior o risco, maior o custo do crédito, num ciclo vicioso que se retroalimenta, com consequências desastrosas não só para o devedor, mas para todo o mercado de crédito em geral.

Bruno Miragem adverte que “em certo sentido, negligenciam-se os cuidados ordinários de concessão de crédito para obtenção de um número maior de consumidores, sem, contudo, comprometer o sucesso do negócio com altos riscos, devidamente suportados pela taxa de juros.”²⁰⁵

Aumenta, assim, a necessidade de proteção do consumidor contra a concessão/tomada irresponsável do crédito, a partir de um maior controle da informação e da transparência na concessão do crédito e, sobretudo a partir da noção de crédito responsável. O objetivo do desenvolvimento da ideia de crédito responsável, tanto por parte do tomador, quanto por parte do fornecedor, é explicitar que mesmo no caso de aquisição de bens de consumo durável, desde o eletrodoméstico até o carro ou o imóvel, além da operação de compra e venda, existe um contrato conexo/coligado de financiamento, que torna a estrutura do negócio de concessão do crédito, uma estrutura complexa.

A operação de crédito para consumo, sem o cumprimento dos deveres de informação, esclarecimento e aconselhamento, “pode tanto comprometer a autonomia racional na decisão sobre contratar ou não, assim como ensejar o fenômeno do superendividamento do consumidor.”²⁰⁶

Diversos são os mecanismos de oferta de crédito desacompanhados de informação suficiente e avaliação necessária à capacidade de endividamento do devedor, tanto em relação ao crédito concedido por instituições bancárias, como em relação ao crédito concedido por instituições financeiras, que executam somente a atividade de concessão de crédito sem qualquer outro serviço bancário e que prometem facilidades na contratação e no pagamento do valor concedido. Normalmente, são lançadas campanhas publicitárias agressivas que prometem tanto a facilidade em relação à tomada do crédito como em relação ao seu pagamento.²⁰⁷

205 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 436.

206 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 438.

207 Bruno Miragem destaca alguns destes mecanismos: “podem ser identificados tanto a concessão ou aumento do limite do crédito em contrato conexo ao contrato bancário de conta corrente, como é o caso do crédito especial vinculado à própria conta, ou modalidades de crédito instantâneo ou pré-aprovado, quanto aos contratos de cartão de crédito em que o aumento do limite pode ser utilizado como estratégia de fidelização

A facilitação na concessão de crédito ao consumidor pode agravar a sua situação de vulnerabilidade, principalmente naquelas hipóteses em que a necessidade de obtenção dos recursos o leva a aceitar condições extremamente onerosas e desvantajosas e, da outra parte, pode levar o consumidor a um estado de superendividamento.

É neste contexto de necessidade de proteção do consumidor no mercado de crédito que se insere a discussão acerca da responsabilidade civil da instituição financeira na hipótese de má concessão de crédito, ou seja, nas hipóteses de concessão de crédito a devedores sabidamente incapazes de solver dos débitos contraídos.

A responsabilidade civil nas relações de consumo tem como objetivo a salvaguarda de um interesse juridicamente protegido do consumidor e no caso dos negócios jurídicos de concessão de crédito, impõe ao fornecedor, para salvaguarda da segurança do devedor, a realização de deveres que visam a garantir a liberdade e, em consequência, a responsabilidade do tomador do crédito.

Herman Benjamim explica que o vício de qualidade por insegurança nas relações de consumo se subdivide em dois elementos essenciais: a desconformidade com a legítima expectativa e a capacidade de provocar acidentes.²⁰⁸ A expectativa do consumidor pode ser qualificada como legítima quando, “confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais.”²⁰⁹

No que diz respeito à possibilidade de causar danos, o defeito do produto ou serviço deve ser analisado sob dois parâmetros: a normalidade e a previsibilidade do dano em relação às legítimas expectativas dos consumidores. A responsabilidade em relação ao dano causado ao consumidor surge quando o resultado é imprevisível, mesmo diante da utilização normal do produto/serviço.

Nos contratos de crédito onde o fornecedor não faz a adequada avaliação da capacidade de solvência do devedor, ou mesmo sabendo que o devedor está com sua capacidade de solvência bastante comprometida, ainda assim continua disponibilizando linhas de crédito, no mais das vezes com taxas exorbitantes de juros, ou em linguagem

do consumidor (aumentando sua catividade). MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 438.

208 BENJAMIM, Antonio Herman et alii. *Manual de Direito do Consumidor*. 7ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 168.

209 BENJAMIM, Antonio Herman et alii. *Manual de Direito do Consumidor*. 7ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 168.

popular, “continua dando mais corda para que o devedor se enforque”, nestas hipóteses o fornecedor não está agindo dentro da legítima expectativa de segurança do produto, merecendo ser apenado por sua atuação ilegítima.

Não se pode desconsiderar, ainda, que o fornecedor do crédito assume os riscos de sua atividade, atraindo a aplicação da teoria do risco, que permeia a legislação consumerista e sustenta a responsabilidade objetiva dos fornecedores nas relações de consumo. Assim, boa-fé objetiva, com a imposição de deveres de informação e esclarecimento, somada à responsabilidade objetiva, prescindindo da demonstração de culpa do fornecedor, mas impondo ao mesmo tempo o dever de mitigar suas próprias perdas, formam o caldo de cultura no qual se desenvolve a discussão acerca da responsabilidade civil do fornecedor de crédito pela sua concessão irresponsável, abusiva ou, em resumo, pela má concessão do crédito.

Nas hipóteses de má concessão do crédito, o CDC já prevê em seu art. 6º, V, como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” Também considera nulas, nos termos do art. 51, IV, cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.” Desta forma, diante de uma situação de má concessão de crédito, mesmo diante de ausência de Lei tratando do assunto, é possível impor ao fornecedor do crédito a revisão de parcelamentos e prestações, a diminuição de encargos abusivos e outras medidas que venham a salvaguardar o consumidor contra as falhas ocorridas no momento da contratação do crédito.

O dever de informação, imposto aos credores de empréstimos bancários, suplanta o simples esclarecimento quanto aos prazos, às parcelas e taxas de juros aplicáveis, nos termos previstos atualmente no art. 52 do CDC. Num contrato cativo de longa duração,²¹⁰ é imperiosa a avaliação dos riscos de pagamento da dívida e da possibilida-

210 Cláudia Lima Marques desenvolveu em relação aos contratos de longa duração, o conceito de contratos cativos, baseado em relações contratuais operacionalizadas por meio de contratos de adesão ou condições gerais do contrato (técnicas de contratação de massa) e envolvem uma cadeia de fornecedores organizados entre si, que criam uma posição de dependência dos clientes ou consumidores na prestação de serviços. Em que pese a serem identificados como contatos pós-modernos, são contratos ligados à contratação de massa, nas quais o consumidor acaba se tornando cativo do contrato em razão das circunstâncias. Para Cláudia Lima Marques, a “catividade” que caracteriza tais contatos “(...) só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, ‘segurança’, crédito renovado, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de marketing, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro”.

de de solvência do futuro devedor, de modo a que sejam evitadas situações nas quais as dívidas assumidas se tornem impagáveis.

Na hipótese de manifesta negligência na co-gestão equilibrada do crédito, assume o credor o ônus de rever suas expectativas iniciais de recebimento, pois não lhe será lícita a apropriação de parcelas alimentares do devedor, inegociáveis pela vontade privada, quando ausente a boa-fé objetiva, caracterizada pela concessão de empréstimos incongruentes e desproporcionais segundo a teoria do crédito responsável, as empresas, ao concederem o crédito, devem adotar as cautelas necessárias ao efetivo recebimento do retorno financeiro, mas também devem tomar essas medidas visando coibir a superve-niência do superendividamento dos consumidores.²¹¹

Em abono a esta tese, registra-se que o STJ, no início deste ano de 2018, aprovou um enunciado de súmula, de n. 603, que proíbe o banco de reter qualquer extensão do salário do consumidor em conta corrente, ainda que haja cláusula autorizativa, quando a contratação se der para que pagamento seja feito diretamente em folha de pagamento, nos casos em que não estiver sendo obedecida a legislação que autoriza o desconto em folha direto. Confira-se a redação da súmula: “É vedado ao banco mutuante reter em qualquer extensão o salário, os vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo comum contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignada, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual”.

Assim, na avaliação da responsabilidade civil do fornecedor de crédito na hipótese da má concessão deste, deve se ter em conta que todo contrato cria uma série de expectativas, que têm caráter normativo, principalmente depois da inserção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, expectativas monetizáveis ou não, que não encontram guarida na retórica epistêmica liberal.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79.

211 Conclusões apresentados em acórdão do TJDF. Merece destaque a conclusão do acórdão que estabeleceu parâmetros para a limitação dos descontos: “Para que não seja estendido o presente entendimento a toda e qualquer espécie de mútuo bancário, urge destacar os parâmetros objetivos que amparam o provimento ora restritivo: (a) o volume de empréstimos concedido é manifestamente superior à capacidade de solvência do correntista; (b) o credor conhecia a noticiada insuficiência de recursos; (c) os descontos incidem sobre verba alimentar indispensável à manutenção do devedor, fato que pode ser presumido, pois a soma das prestações a serem debitadas consome mais da metade da renda mensal do trabalhador”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 6ª Turma. APC 2011091011352-DF. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. DJe 06 ago. 2013. O mesmo posicionamento pode ser observado nos processos da mesma relatora de n. EIC 20110110512500; APC 20090111584026; APC 20100111314895; APC 20080111444339.

Categorias como *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade livremente manifesta, consensualismo e relatividade dos efeitos dos contratos, não conseguem dar respostas para as expectativas não monetizáveis que geram a relação obrigacional, mas que devem ser recompostas pelo direito em caso de afronta. Daí a importância de se reconhecer a responsabilidade do fornecedor de crédito em caso de descumprimento das legítimas expectativas advinda da celebração do contrato de crédito.

Não obstante o reconhecimento da possibilidade de responsabilização do fornecedor de crédito em caso de sua má concessão, no que tange ao superendividamento, uma das maiores discussões hoje é sobre a possibilidade de revisão dos contratos de crédito pela alegação de superendividamento.

Sendo o superendividamento uma situação global de impossibilidade de solvência dos débitos, sem grave comprometimento de uma vida digna, tanto do devedor, como de sua família, a pergunta que se faz é no sentido de saber se este, por si só pode ser utilizado como argumento para a revisão dos contratos ou há necessidade de um acidente de consumo para que haja a repactuação compulsória do contrato.

É o que será apresentado no próximo tópico.

| 4.2 Possibilidade de revisão dos contratos pela alegação de superendividamento

É possível a revisão compulsória na hipótese de caracterização de superendividamento do devedor? E se a instituição financeira conhecia a situação do devedor, há esta obrigatoriedade?

Por agora importa destacar que a doutrina brasileira diverge quanto à possibilidade de revisão dos contratos com base na alegação de superendividamento do devedor, oscilando entre sua aceitação irrestrita, a aceitação mediante aplicação analógica da lei de falências ao devedor pessoa física e a impossibilidade de revisão sem legislação específica que estabeleça um mecanismo de tratamento global do superendividamento do devedor pessoa física.

Não faltam vozes a defender a impossibilidade de imposição da renegociação dos débitos dos devedores superendividados a instituições financeiras e bancárias em nome da preservação da vontade privada e da segurança jurídica. c privados pode trazer “consequências ainda mais nefastas, em termos de quebra de segurança jurídica dos negócios, violação à liberdade de contratar e afronta ao princípio do ato jurídico perfeito, valores igualmente protegidos pela ordem constitucional²¹²”. O legislador brasileiro, na visão de Demócrito Reinaldo, sempre se preocupou em preservar uma dignidade material básica do devedor, de modo a evitar que o processo de execução viesse a transformar em ameaça a sua subsistência²¹³.

Paulo Roque A. Kouri, ao tratar da onerosidade excessiva superveniente por fatos do consumidor estranhos aos contratos, afirmou que, para se modificar cláusula contratual com base na onerosidade excessiva, há que se demonstrar a existência de um nex causal entre a onerosidade excessiva e a vantagem do fornecedor, isto é, demanda a prova de que houve algum tipo de vantagem para o fornecedor com o fato superveniente. Se este for totalmente estranho à relação contratual, pode levar ao desvirtuamento do equilíbrio contratual em desfavor do fornecedor. Na visão do autor,

“(...) isso significaria não propriamente um direito do consumidor, mas um privilégio, o que é incompatível o próprio espírito do CDC, cujo art. 4º, II, fala em harmonia dos interesses dos participantes nas relações de consumo e estabelece também como princípio e necessidade de manutenção do equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.”²¹⁴

Dessa forma, “a modificação de uma cláusula que resulte na imposição pura e simples de prejuízos ao fornecedor é incompatível com qualquer ideia de harmonia e equilíbrio”. Assim, o superendividamento não poderia ser invocado como motivo para a revi-

212 REINALDO FILHO, Demócrito. O fenômeno do superendividamento — inexistência do direito do consumidor à renegociação e da justa causa para intervenção judicial nos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 74, p. 82, nov./dez. 2011.

213 Como exemplo desses mecanismos legais de proteção do devedor, o autor cita: a impenhorabilidade salarial presente no art. 649 do CPC; a impenhorabilidade imobiliária disciplinada pela Lei 8.009/1990, por meio do bem de família, que veda a penhora do único imóvel residencial do casal, bem como os bens que guardam a residência; a limitação dos descontos em folha de pagamento (empréstimo consignado) a 30% do valor da remuneração (art. 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003). Assim, na opinião do autor, “(...) o consumidor de serviços bancários está completamente imunizado contra qualquer forma de excussão patrimonial degradante”. REINALDO FILHO, Demócrito. O fenômeno de superendividamento — inexistência do direito do consumidor à renegociação e da justa causa para intervenção judicial nos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 74, p. 85, nov./dez. 2011.

214 KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil e do Consumidor e Lei 8.666/93*. A onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

são judicial do contrato, mas poderia, na opinião do autor, ser invocado como motivo para a resolução do vínculo em situações excepcionais nas quais a dignidade do consumidor fosse comprometida²¹⁵.

Das opiniões transcritas acima, o que se verifica, entretanto, é que os argumentos apresentados não são consistentes do ponto de vista de seus fundamentos. A afirmação de que a interferência do Poder Público pode ocasionar a quebra da segurança jurídica e afrontar a liberdade contratual em detrimento dos interesses dos fornecedores não foi baseada em nenhuma evidência fática ou empírica que endosse tal posicionamento. Os argumentos estão balizados em afirmações distanciadas da realidade, sem considerar a vulnerabilidade dos consumidores e supervalorizando o contrato, no pressuposto de que estes são formados num mercado equilibrado e sadio.

Essa perspectiva, que se faz com um viés marcadamente econômico, põe em primeiro plano a questão da eficiência como parâmetro de discussão da matéria. Não considera, entretanto, as perspectivas contemporâneas na qual são aceitas formas contratuais que permitem a alocação *ex post* dos riscos comuns do contrato, ou mesmo os contratos relacionais, marcados pelo signo da flexibilidade de fixação de ajustes contratuais e da continuidade.

Deve se considerar que os argumentos meramente econômicos para negar a possibilidade de revisão dos contratos na hipótese de superendividamento do devedor, descon sideram o fato de que todo contrato, notadamente os contratos de consumo, engloba expectativas não monetizáveis, criadas pela confiança, que não podem ser resolvidas pela mera aplicação da retórica epistêmica liberal, como dito no tópico anterior.

Noutro sentido, André Perin Schmidt Neto entende possível a revisão dos contratos com base no superendividamento do devedor, independentemente de uma lei específica que trate da falência da pessoa física. Entende o autor que os mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico não excluem a revisão dos contratos em face da falência de uma das partes ocorridas por acontecimento extraordinário, bastando que o juiz faça uma leitura

215 Segundo o autor, "(...) ao contrário do que sucederia na hipótese de modificação da cláusula por conta do desemprego ou de uma doença do consumidor, na resolução, embora possa haver uma perda da expectativa de ganho com a continuidade do contrato e, portanto, um ônus, este não se qualifica como excessivo, exatamente porque, ao resolver o contrato, as partes estarão retornando ao *status quo ante* sem que o fornecedor tenha tido o ganho esperado, mas sem que tenha tido perda". KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil e do Consumidor e Lei 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 45.

constitucional da cláusula aberta relativa à onerosidade excessiva superveniente “a fim de aplicá-la em revisão de contrato, em caso de superendividamento de uma das partes”²¹⁶.

Essa é a posição com a qual concordamos, mas desde que o devedor inclua todos os credores no polo passivo da demanda revisional. Isso por que não é possível que o devedor escolha contra quais credores vai opor sua situação de superendividamento, de modo que deve haver a divisão em relação a todos dos ônus de repactuação do débito.

O autor resume sua posição em favor da revisão dos contratos com base no superendividamento do devedor, argumentando que afirmar que há necessidade de uma lei específica de falência da pessoa física — e simplesmente aguardar por isso — não atende a uma situação tão grave e atual. Na opinião de André Perin Neto,

“(…). Contamos com um sistema de revisão dos contratos, e a recuperação judicial dos superendividados é basicamente fundada na renegociação e na revisão dos pactos firmados. Basta que se faça a interpretação correta da lei para que seja possível tratar os superendividados com os instrumentos de que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza. Não é necessária lei que autorize expressamente a revisão face ao superendividamento de um dos contratantes, porque a aplicação de direitos fundamentais é imediata, independente de lei conforme prevê o art. 5º, § 1º da CF.”²¹⁷

Brunno Pandori Giancoli, ao analisar a possibilidade de revisão dos contratos de crédito em razão do superendividamento, entende possível a sua revisão por meio do reconhecimento de onerosidade excessiva superveniente à contratação. Para o autor,

“(…) como o superendividamento é um fato, ou melhor, um status jurídico, via de regra, ulterior à formação dos vínculos dos contratos de crédito, o qual, entre outras consequências, gera uma excessiva onerosidade as prestações obrigacionais, a aplicação do direito de revisão contratual estampado no art. 6º, V 2ª parte do CDC impõe o cumprimento dos requisitos comuns a qualquer revisão por onerosidade superveniente.”²¹⁸

216 SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 438.

217 SCHIMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 439.

218 Entre os requisitos apontados por Brunno Giancoli para a revisão por onerosidade excessiva dos contratos estão: (1) tratar-se de prestação duradoura ou periódica — traço marcante dos contratos de crédito para consumo; (2) bilateralidade e onerosidade do contrato, com direitos e obrigações recíprocos entre as partes. O contrato de mútuo — hipótese mais comum de contrato de crédito para consumo — normalmente é um contrato unilateral. Entretanto, o mútuo feneratício caracteriza-se como um contrato oneroso, em razão do mutuário ter que pagar juros. Além disso, na hipótese de descumprimento da obrigação, a consequência é a

Ao lado das alternativas já previstas no ordenamento brasileiro de revisão dos contratos por onerosidade excessiva superveniente, Brunno Pandoli Giancoli entende possível a revisão por superendividamento do consumidor, mas somente quando houver risco à manutenção digna da capacidade de crédito para a sobrevivência social mínima do devedor. Não obstante, o pleito revisional não poderá versar apenas sobre um vínculo contratual isolado, mas sobre todo o passivo debitório, numa espécie de “revisão concursal”²¹⁹.

Assim, a sugestão do autor, na ausência de uma legislação específica que regule a matéria, é a aplicação referencial da Lei 11.101/2005 para a classificação dos créditos, bem como a elaboração de um plano de pagamentos dos débitos do devedor, a exemplo do modelo francês, “mediante a análise da condição sócio-econômica-financeira, para possibilitar a continuidade de sua capacidade de consumo, sem tolher os direitos creditícios dos fornecedores envolvidos”²²⁰.

Conclui Brunno Giancoli que, devido à falta de diploma sobre a matéria, caberá ao juiz utilizar a analogia como fenômeno de integração do direito, permitindo que os objetivos fundamentais do Estado Democrático, como a manutenção e proteção da dignidade da pessoa humana, que atua como elemento genérico condicionante do sistema, tenha um entendimento predominantemente substancial. Assim, deve tomar como referência a Lei 11.101/2005, quando houver lesão ou ameaça à dignidade do devedor superendividado²²¹.

Esta não parece ser a melhor solução para o problema, pois a Lei de falências, a par de oferecer padrões para a classificação de créditos ou elaboração de um plano de pagamentos de débitos do devedor, também impõe uma série de medidas restritivas ao devedor empresário no caso da falência, incluindo restrição para realização de novos

resolução do contrato, o que constitui uma singularidade, pois a resolução por inexecução é típica dos contratos bilaterais, sinalagmáticos. Assim, a revisão dos contratos de mútuo oneroso por superveniente onerosidade excessiva, (...) consubstancia também uma singularidade, pois a revisão em comento é também típica dos contratos bilaterais, onde há um sinalagma funcional, uma relação de interdependência entre as obrigações de ambas as partes”; (3) que a onerosidade excessiva superveniente não seja imputável ao devedor; (4) independe, no caso de superendividamento, de estar o devedor em mora ou não; (5) não há necessidade que se comprove a extrema vantagem para o fornecedor nos contratos de consumo, diferentemente do que acontece com os contratos paritários regulados pelo CC. GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, pp. 155 e ss.

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

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

221 GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 162.

contratos ou restrições na liberdade de locomoção, como as medidas previstas nos arts. 102 a 104 da referida Lei.

Para Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva é a fonte para a imposição de deveres de cooperação e de renegociação dos contratos de crédito (considerados contratos cativos de longa duração²²²), de modo a ser evitada a ruína do consumidor. Segundo a autora, a doutrina alemã manifesta-se no sentido da existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração sempre que houver a quebra da base objetiva do negócio e a onerosidade excessiva daí resultante. Dessa forma, “considera parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever *ipso iure* de adaptação (*ipso iure-Anpassungspflicht*) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obliegenheit*) de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*) o contrato²²³”.

Na opinião de Cláudia Lima Marques, haveria no direito brasileiro a possibilidade de ser considerado esse dever de renegociação em favor do consumidor, tanto com base no art. 6º, V, quanto nos arts. 52 e 53 do CDC. O art. 6º, V, prevê a possibilidade de modificação dos contratos com base na superveniente onerosidade excessiva, assim como os arts. 52 e 53 preveem o direito à informação, ao pagamento antecipado e à devolução das quantias pagas, o que autorizaria a conclusão de que no Brasil é possível “a antecipação dessa modificação e a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para readaptação do contrato (princípio da boa-fé do art. 4º, III) e sua manutenção (art. 51, § 2º)²²⁴”.

No mesmo sentido manifesta-se Cristina Tereza Gaulia, ao afirmar que “quanto à possibilidade de interferência dos magistrados no contrato entre as partes, de maneira a rever parcelamentos e prestações, e expurgar os encargos abusivos, em ações judiciais com pedidos de revisão, não pode haver dúvida quanto à outorga de tais poderes pelo

222 Sobre o significado de contrato cativo de longa duração ver capítulo ii, item 2.1. Para Cláudia Lima Marques, contratos cativos de longa duração são definidos como “uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de cláusulas gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes ou consumidores”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

223 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas e contatos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 268.

224 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas e contatos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 269.

CDC, já que é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º V CDC), sendo inclusive nulas de pleno direito as disposições contratadas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51 IV CDC).”²²⁵

Sustenta-se aqui que a polarização do conteúdo obrigacional pela boa-fé objetiva impõe a colaboração recíproca e a tutela da confiança dos coobrigados, tanto em relação ao adimplemento da obrigação quanto em relação ao seu inadimplemento. Assim, entende-se possível a revisão dos efeitos patrimoniais do inadimplemento (perdas e danos, cláusula penal, juros compensatórios e moratórios e comissão de permanência), principalmente em relação ao seu limite, visto que esses feitos revelam a possibilidade de práticas abusivas, que devem ser reprimidas e que podem agravar muito a crise de solvibilidade do devedor.

O mesmo se diga em relação à função social dos contratos, pois esta determina que os efeitos da inadimplência devem ser considerados para ambos os contratantes, assim como devem ser consideradas, na avaliação do cumprimento da função social, as qualidades peculiares do crédito contratado (objetivas e subjetivas). Dessa forma, entende-se possível a revisão dos contratos sob a alegação de afronta à sua função social.

Todavia, essa discussão se dá em relação aos contratos isolados. A revisão dos contratos com base no superendividamento por meio da aplicação da onerosidade excessiva ou da teoria da quebra da base negocial, a despeito das opiniões acima colacionadas, não oferece tratamento adequado para a questão do superendividamento, notadamente porque não oferece tratamento global às dívidas crônicas do devedor e de sua família e aos efeitos do superendividamento. Clarissa Costa de Lima pontua que, na perspectiva individual das ações revisionais, o juiz somente examina as cláusulas contratuais “sem se preocupar com o passivo do devedor ou com o restante das dívidas assumidas, pois seu objetivo não é reabilitar financeiramente, mas apenas restaurar o equilíbrio do contrato em exame”²²⁶.

Acresça-se o fato de que nem sempre o superendividamento advém da aplicação de cláusulas abusivas nos contratos, sendo que frequentemente as causas apontadas se

225 GAULIA, Cristina Tereza. Revista da EMERJ, v. 12, n. 47, 2009. Disponível em <www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj>. Acesso em 22/03/2017.

226 Nesse sentido também LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomendar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

subdividem em eventos inesperados e imprevisíveis de um lado e endividamento excessivo de outro, conforme visto no início deste capítulo.

Existem ainda outros entraves procedimentais à revisão dos contratos por superendividamento do devedor. O art. 285-B do CPC, introduzido pelo art. 21 da Lei 12.810/2013, determina que nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, entre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso.

O parágrafo único do mesmo dispositivo determina, ainda, que o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. Essa alteração realmente dificultou muito o ajuizamento de ações revisionais por consumidores superendividados, haja vista a lei exigir a identificação da parcela incontroversa do débito como requisito essencial da petição inicial.

Ocorre que, muitas vezes, o devedor superendividado não discorda dos valores cobrados ou das cláusulas contratuais estipuladas, mas não consegue cumprir a obrigação no tempo e modo ajustados em razão de vicissitudes da vida, tais como doença ou desemprego. Nessas hipóteses, que são apontadas pelas pesquisas como as mais frequentes causas de superendividamento, o devedor não consegue informar o valor incontroverso, ou mesmo não poderá depositar esse valor porque, “não raras vezes, seu vencimento é suficiente apenas para o pagamento das despesas de subsistência²²⁷”.

Outra dificuldade de índole procedimental à revisão dos contratos é a Súmula 381 do STJ, publicada em 5 de maio de 2009, que estabeleceu que, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade das cláusulas”. A súmula veio como resposta ao aumento exponencial do número de ações revisionais de contratos bancários, numa tentativa de padronização dos julgados e como filtro à admissibilidade dos recursos especiais.

Os julgados que deram origem à súmula denotam uma preocupação processual com a demonstração da abusividade contratual em concreto, de modo que seja evitada a sua decretação em segundo grau de jurisdição, sem que a matéria tenha sido debatida

227 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

em primeiro grau ou mesmo em segundo grau, quando não tenha havido a adequada instrução para a demonstração das abusividades alegadas.

Pela redação do enunciado da súmula — que embora não tenha caráter vinculante, serve de parâmetro para outros julgados —, chega-se facilmente à conclusão de que a vedação estabelecida se refere a todo e qualquer julgador, de qualquer instância, na medida em que a súmula não esclarece qual o limite para decretação de ofício da abusividade das cláusulas contratuais.

No julgamento do REsp 1061530/RS, a relatora ministra Nancy Andrighi insurgiu-se contra esse entendimento, mas foi voto vencido. Em seu voto afirmou que:

“(...) o CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º); portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que impelem o juiz a atuar de ofício. Além do mais, o CDC adotou a mesma teoria de nulidades que regula os contratos regidos pelo Código Civil, especificando os vícios que são causa de nulidade e que o juiz deve declarar de ofício. A abusividade, por exemplo, é disciplinada como vício de nulidade da cláusula do contrato — art. 51, IV, do CDC.”²²⁸

A relatora consignou ainda as consequências deletérias geradas pela aplicação do entendimento de vedação de reconhecimento de ofício de nulidades contratuais, merecendo destaque: (a) a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido expresso) de molde a inviabilizar o conhecimento e a aplicação do direito material (nulificação da cláusula abusiva), exigindo para tanto uma nova movimentação da máquina judiciária com a propositura de outra ação; (b) o manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico complementar (CDC, art. 51, todos os seus incisos, cumulado com o CC/2002, parágrafo único do art. 168, que determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos); (c) a frustração de toda a operacionalidade do novo instrumento dos processos repetitivos, pois o não reconhecimento de ofício impõe reiteração de ações e recursos que o art. 543-C visa a impedir, prejudicando a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

228 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. REsp 1061530/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 10 mar. 2009.

No entanto, a despeito dos argumentos lançados, a relatora teve seu voto vencido, prevalecendo o entendimento da 2ª Seção de que “o juiz não está autorizado proceder à revisão de ofício de cláusulas contratuais”, estendendo a proibição não somente em grau de apelação, mas inclusive em todos os contratos bancários. Nos termos da tese fixada na orientação 5 do referido REsp, ficou excluída a possibilidade de aplicação do art. 51 do CDC aos contratos bancários, em qualquer grau de jurisdição, sem a formulação de pedido expreso para tanto²²⁹.

Não é objetivo desta pesquisa uma discussão pormenorizada acerca da constitucionalidade ou não da súmula e o intenso debate que sua edição gerou, principalmente em relação a uma possível ofensa a direito constitucionalmente assegurado de defesa do consumidor. Não obstante, verifica-se que a súmula foi editada sem uma análise minudente dos julgados da Corte e sem cuidado com sua redação final, o que compromete sua credibilidade como solução pacificadora da controvérsia em nível nacional, bem como sua aplicabilidade pelos demais órgãos da justiça formal.

Vale registrar, por oportuno, que uma decisão que pretenda ser parâmetro para a solução de inúmeros outros casos, inclusive com pretensões vinculantes, como é o caso da súmula, demanda um grande ônus argumentativo. Nesse caso, o que se verifica, no entanto, é uma realidade distinta a indicar um déficit argumentativo em relação ao enunciado.

Citem-se alguns motivos principais: (a) verifica-se uma dissociação entre o enunciado da súmula e a doutrina especializada em direito do consumidor, que clama por uma proteção mais intensa do indivíduo contra cláusulas abusivas, notadamente nos contratos de crédito; (b) o distanciamento também em relação à legislação consumerista e à legislação complementar do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e sua natureza de normas de ordem pública; (c) aplicação abstrata de soluções para uma plêiade de casos concretos distintos, sem observação das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso.

Como já foi dito anteriormente, o evidente caráter distributivo do crédito para consumo faz com que as decisões sobre a possibilidade de revisão dos contratos sob a alegação de superendividamento tenham impacto sobre milhares de contratos, afetando a vida de milhares de consumidores. A ausência de uma regulamentação legislativa torna a situação ainda mais problemática, pois os julgados, principalmente os do STJ, tendem a

229 ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO – É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expreso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a ministra relatora e o ministro Luis Felipe Salomão.

considerar o crédito e dinheiro como uma *commodity* qualquer, ignorando sua relevância social e coletiva, quando, na verdade, trata-se de um bem social.

No dizer de José Reinaldo de Lima Lopes, “credit, special complex of obligations in wich the provision of money is the central aspect, should be seen, from this point of view, as a collective or public concern and should fall naturally under the scrutiny of public authorities²³⁰”. Assim, avulta a importância do projeto de alteração do CDC na direção de uma regulação eficiente do tema, muito embora já se tenha advertido no capítulo I para as limitações da regulamentação em tramitação, na medida em que permanecerá a instabilidade semântica acerca do superendividamento.

Nos contratos bancários de crédito, principalmente crédito para pessoa física, notadamente os contratos de conta-corrente, cheque especial, cartão de crédito, financiamento imobiliário, verifica-se um forte conteúdo existencial, sendo indispensáveis para a satisfação das necessidades mais básicas dos indivíduos na sociedade contemporânea. Não se admite que alguém hoje em dia guarde seu dinheiro debaixo do colchão, sendo os serviços bancários realmente indispensáveis. Em todas essas hipóteses, a falta de informação adequada em relação aos riscos do contrato somada às altas taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, pode promover o aumento substancial da dívida, provocando a ruína do devedor.

Mesmo diante da existência de arcabouço hermenêutico protetivo do consumidor, com vistas a auxiliar o juiz a cumprir o mandamento constitucional de defesa do vulnerável, sem uma lei que determine os limites de intervenção no contrato e estabeleça mecanismos de atuação em defesa do devedor superendividado, não se vislumbra a possibilidade de parcelamento compulsório dos débitos ou outro mecanismo que não seja obtido pela via consensual.

Quando judicializada a discussão sobre o superendividamento ou acerca da concessão responsável do crédito, o devedor normalmente argui a ilegalidade ou a abusividade de cláusulas contratuais, sendo certo que o superendividamento nem sempre tem relação com práticas contratuais iníquas. Ao contrário, o superendividamento tem relação com a incapacidade de pagamento das obrigações contratuais assumidas, que muitas vezes não são nem ilegais nem abusivas. De outra parte, as ações revisionais de contratos, que

230 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumer bankruptcy and over-indentness in Brazil*. In NIEMI, Johanna, RAMSAY, Iain; and WHITFORD, William C. *Consumer bankruptcy in global perspective*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2003, p. 90.

atualmente sobrecarregam os tribunais, não garantem a presença de todos os credores no polo passivo da demanda, de modo que fica inviabilizada a solução global e estrutural que o superendividamento demanda.

Dessa forma, não se pode abrir mão da regulação estatal do tema. Partindo-se da premissa de que o direito é um discurso prático, ou seja, um discurso que trata da justificação de escolhas feitas em determinadas situações relativas a problemas concretos e que é regulado por regras, no caso das decisões judiciais sobre o tema, a regulamentação dos significados possíveis para a polissemia semântica do que seja o superendividamento se apresenta como condição prévia de possibilidade de comunicação linguística e têm um grande peso para a legitimidade da regularização de conflitos sociais por meio das sentenças judiciais.

Por tudo isso, é muito importante a edição de uma legislação que norteie as soluções para o problema dos devedores superendividados, soluções estas que permitam a um devedor individual a renegociação global de suas dívidas com todos os seus credores. Atualmente, a ausência dessa legislação impede que o superendividamento seja considerado como fundamento para revisão dos contratos.

Considerações finais

O superendividamento, fruto perverso da cultura do consumismo, se apresenta como um *locus* privilegiado de tensão entre interesses antagônicos: os interesses privados, regulados por relações contratuais centradas na força jurígena da vontade, em contraposição ao interesse público, entendido como um critério para balizar e legitimar as decisões públicas.

Nesse cenário de tensão provocada por interesses tão díspares, acresça-se que, no Brasil, a concessão maciça do microcrédito destinado a fomentar o consumo foi adotada como padrão de política macroeconômica do governo, fazendo crer que, com o aumento do consumo de determinados bens adquiridos pela antecipação de créditos, a população teria, de fato, um aumento de qualidade de vida e inclusão social.

É preciso que fique claro, entretanto, que a concessão maciça de crédito para consumo em tempos de estabilidade econômica e de pleno emprego não significa por si só um problema, na medida em que o endividamento representa a outra face do crédito, indispensável ao fomento das economias modernas. Antes de ser um problema, o endividamento é um fenômeno comum na sociedade de consumo, pois por intermédio do crédito, permite-se o acesso a bens e serviços que melhoram a qualidade de vida dos indivíduos e das famílias e a inclusão de pessoas de baixa renda mensal nessa sociedade de consumo. Trata-se de uma troca intertemporal em que se antecipa a fruição de determinados bens, em troca do comprometimento do rendimento futuro.

O problema do endividamento surge quando sobrevém o risco, sempre presente, de que algum contratempo na vida do devedor o impeça de cumprir seus compromissos financeiros, ou seja, quando seus rendimentos não comportam os compromissos financeiros assumidos.

Ocorre que em relação às camadas da população com menor faixa de renda o problema do endividamento crônico tende a ser mais grave, pois se lançou mão do crédito oferecido em larga escala para consumo, com a falsa expectativa de melhoria das condições de vida, quando o que aconteceu na realidade é que este segmento da população teve acesso a bens de consumo antes considerados supérfluos, a custa da antecipação de um crédito que agora está sendo cobrado.

Se é fato que níveis de consumo não podem ser mantidos sem a oferta crédito, tornando-se este um mecanismo de inclusão social, não é menos verdade que, no Brasil, a maior parte do crédito é adiantado como crédito pessoal, sem garantias, agindo os bancos e instituições financeiras com muita liberdade na sua oferta. Essa realidade se apresenta como um desafio regulatório, diante da incapacidade dos atuais mecanismos legislativos de tratamento do superendividamento e a ausência de uma legislação expressa e específica de regulação desse fenômeno.

O que se advogou na pesquisa é que haja um equilíbrio entre a participação individual e a responsabilidade da comunidade ou do Estado na distribuição social. Se de um lado, o indivíduo, numa sociedade marcada pelo signo da intensa desigualdade social, não pode ser deixado à própria sorte, também não se pode defender que a sociedade ou o Estado sejam os únicos responsáveis por balizar e compensar as escolhas feitas por indivíduos livres. Assim

A conclusão respaldada na pesquisa é que as questões envolvidas no descumprimento das relações obrigacionais, mais do que estritamente patrimoniais, econômicas ou normativas, são questões de justiça. E são assim entendidas porque atinentes à distribuição de bens sociais a partir da cooperação e respeito mútuos, cada um fazendo a sua parte e recebendo, segundo critérios estabelecidos pela própria comunidade, sua porção justa na distribuição desses bens, tendo os direitos sociais precedência sobre as transações de mercado.

A procura por parâmetros ou balizamentos para a discussão acerca do superendividamento tem sido muito centrada nos marcos regulatórios estrangeiros, notadamente por que não existe uma legislação brasileira que trate especificamente da prevenção e tratamento dos casos de endividamento crônico do consumidor.

Entretanto, não se pode abrir mão da regulação estatal do tema. É muito importante a edição de uma legislação que norteie as soluções para o problema dos devedores superendividados, soluções estas que permitam a um devedor individual a renegociação global de suas dívidas com todos os seus credores. Atualmente, a ausência desta legislação impede que o superendividamento seja considerado como fundamento para revisão dos contratos.

As questões aqui propostas são em parte resultado das reflexões realizadas ao longo do curso de doutoramento em Direito e Políticas Públicas e em parte produto da experiência profissional da pesquisadora como magistrada. O objetivo da pesquisa foi lançar luzes sobre os principais mecanismos possíveis de prevenção do superendividamento, principalmente em relação à chamada concessão responsável do crédito, tais como a informação, o aconselhamento, a concessão responsável do crédito, a possibilidade de responsabilização civil pela má concessão do crédito e, ainda, o aprimoramento dos meios de avaliação da qualidade creditícia.



A esperança é de que num futuro não muito distante, possamos buscar em nossa legislação os parâmetros para a análise e decisão de questões atinentes à crise de solvência dos consumidores, com uma legislação moderna e aberta o suficiente para dar respostas a novas demandas emergentes todos os dias num cenário local e global tão volátil como o que se apresenta em nossos dias.



Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 45, p. 101, jan./mar. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Trad. de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BENJAMIN, Herman et alii. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo. Comentários à Lei 12.414 de 9 de junho de 2014*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL. Senado Federal. Relatório Geral da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 2012, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CATALAN, Marcos Jorge e PITOL, Yasmine Uequeid. *Primeiras linhas sobre o assédio de consumo no Brasil*. Disponível em <https://www.conpedi.org.br>.

CINTRA, Marcos Antônio Macedo. A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. *A supremacia dos mercados e a política econômica do governo Lula*. São Paulo: Unesp, 2006.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Cadastro Positivo*. São Paulo. Saraiva. 2012.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento. Proteção do consumidor de crédito em direito comparado francês e brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 108-109.

DAVIS, Christopher e MANTLER, Janet. *The consequences of financial stress for individuals, families and society*. Centre for Research of Stress, Coping and Well-being. Carleton University, pp.23-24, Mar. 2004.

DICKERSON, A. Michele. Consumer Over-indebtedness: A U.S. perspective. *Texas International Law Journal*, v. 43:135.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2006.

FARIA, Glauco. *O governo Lula e o novo papel do Estado brasileiro*. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, 2010.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRIER, Didier. *La Protection des Consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996.

FRADE, Catarina e MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

____ (coordenadora). *Desemprego e sobreendividamento dos consumidores: contorno de uma 'ligação perigosa'*. Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias PIQS/ECO 50119/2013. Relatório Final. Governo da República Portuguesa: Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

GAULIA, Cristina Tereza. Revista da EMERJ, v, 12, n. 47, 2009. Disponível em <www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj>.

GIANCOLI, Bruno Pandori. *Superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã. Ensaio sobre a natureza dos juros*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

HOWELLS, Geraint. Aggressive Commercial Practices. In: HOWELLS, Geraint; MICKLITZ, Hans; W. WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, in MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil e do Consumidor e Lei 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima e

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

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

_____. *Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Barcarola, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumer bankruptcy and over-indentness in Brazil*. In NIEMI, Johanna, RAMSAY, Iain; and WHITFORD, William C. *Consumer bankruptcy in global perspective*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Esquema de una teoria sistêmica del contrato*. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 68, jan./mar. 2000.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Prefácio*. In SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016, p. 12.

_____; **LIMA, Clarissa Costa de e BERTONCELLO Karen.** *Prevenção e tratamento do superendividamento*. *Caderno de investigações científicas*, Brasília, DPDDC/SDE, v. 3, 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/arquivos-publicacoes/2010caderno_superendividamento.pdf>.

_____. *Apresentação*. In LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e **CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação)**. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão et alii. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MERCADANTE, Aloísio. *O governo Lula e a construção de um Brasil mais justo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

NASCIMENTO, Francisco Marcelo Garritano Barone do. *Políticas públicas de acesso ao crédito como ferramenta de combate à pobreza e inclusão social: o microcrédito no Brasil*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NIEMI-KIESILAINEN, Johanna. *Overindebt households and law: prevention and rehabilitation in Europe*. In RAMSAY, Iain; NIEMI, Johanna e WHITFORD, William C. *Consumer credit, debt and bankruptcy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 2009, p. 91.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

PAISANT, Gilles. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei de 1º/08/2003 sobre a cidade e a renovação urbana. In MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coordenação). *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMSAY, Iain; NIEMI, Johanna e WHITFORD, William C. *Consumer credit, debt and bankruptcy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing. 2009.

REINALDO FILHO, Demócrito. O fenômeno do superendividamento — inexistência do direito do consumidor à renegociação e da justa causa para intervenção judicial nos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 74, p. 82, nov./dez. 2011.

SCAVONEJUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas. Do consumo à compulsão por compras*. São Paulo. Globo. 2014.



Escola de Formação Judiciária

TJDF