

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAMBIENTAL

RICARDO CANAN

**ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO DE CRÉDITO AO CONSUMO:
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA CONCRETIZAÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO**

CURITIBA

2014

RICARDO CANAN

**ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO DE CRÉDITO AO CONSUMO:
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA CONCRETIZAÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito. Linha de Pesquisa: Sociedade, Meio Ambiente e Estado.

Orientador: Professor Doutor Antônio Carlos Efig.

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

C213a 2014	<p>Canan, Ricardo</p> <p>Análise crítica da contratação de crédito ao consumo : limites e possibilidades para concretização do desenvolvimento socioeconômico / Ricardo Canan ; orientador, Antonio Carlos Efig. – 2014. 279 f. ; 30 cm</p> <p>Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014 Bibliografia: f. 258-279</p> <p>1. Crédito direto ao consumidor. 2. Defesa ao consumidor - Legislação. 3. Desenvolvimento econômico – Aspectos sociais. I. Efig, Antonio Carlos. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Doris 4. ed. – 342.5981</p>
---------------	---

RICARDO CANAN

ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO DE CRÉDITO AO CONSUMO:
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA CONCRETIZAÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.
Linha de Pesquisa: Sociedade, Meio Ambiente e Estado.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Antônio Carlos Efig (PPGD PUC/PR)

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira (convidado – UNICURITIBA)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (convidado – UNICURITIBA)

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo (convidado – UFPR)

Prof.^a Dr.^a Claudia Maria Barbosa (membro – PPGD PUC/PR)

Prof.^a Dr.^a Cinthia Obladen de Almendra Freitas (membro suplente – PPGD PUC/PR)

Curitiba, 28 de março de 2014

RESUMO

A pesquisa analisa a contratação de crédito pelo consumidor, com o objetivo de demonstrar que numa sociedade onde a ordem econômica funda-se na livre iniciativa, no trabalho e na defesa do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, assente no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, protege o consumidor de crédito e o beneficiário de políticas públicas realizadas pela concessão de crédito, gerando desenvolvimento socioeconômico. Parte-se da análise histórica da formação dos contratos de crédito e evolução da proteção do consumidor e da avaliação de dados estatísticos sobre o consumo de crédito. Consta-se que no Brasil, o consumidor é vulnerável e dependente do crédito para acessar produtos e serviços indispensáveis à subsistência, pelo que está impedido de contratar livremente. São características que permitem a exploração econômica do particular e do beneficiário de crédito oriundo de políticas públicas. A superação do problema encontra fundamento na ordem constitucional de harmonização entre livre iniciativa e interesses do consumidor, indispensável para assegurar vida digna e justiça social, e no pressuposto de que a vontade só é autônoma quando expressada livre e racionalmente, com igualdade de condições entre os contratantes. Deste modo a livre manifestação de vontade deve ser garantida, e não limitada, para o consumidor desenvolver-se socioeconomicamente e buscar para si a vida que valoriza e pretende ter. Garantir a livre manifestação de vontade é uma tarefa a ser desempenhada pelo Código de Defesa do Consumidor, que se impõe aos fornecedores e aos intermediários de políticas públicas que concedem crédito, através de normas imperativas de cooperação desvinculada do autointeresse. Duas formas de superar as limitações da autonomia da vontade são abordadas, o dever pré-contratual de informar, educar e aconselhar, e a possibilidade de readequar os contratos de crédito, a partir de elementos subjetivos do contratante vulnerável.

PALAVRAS CHAVE

Contratação de crédito. Proteção do consumidor. Desenvolvimento socioeconômico. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The research analyzes the hiring credit for consumers, with the goal of demonstrating that a society where economic order is based on free enterprise, work and consumer protection, the Consumer Protection Code, based on art. 5th, XXXII, of the Federal Constitution, protects the consumer credit and the beneficiary of public policies conducted by lending, generating socioeconomic development. It is part of the historical analysis of the formation and evolution of credit of consumer protection and evaluation of statistical data on the use of credit agreements. It appears that in Brazil, the consumer is vulnerable and dependent on credit to access products and services essential to the livelihood and is therefore prevented from hiring freely. These characteristics allow the economic exploitation of the individual and of the beneficiaries of credit arising from public policy. Overcoming the problem lies in the constitutional basis of harmonization between free enterprise and consumer interests, essential for ensuring social justice and dignified life, and the assumption that the will is autonomous only when expressed freely and rationally, with equal conditions between contracting. Thus the free expression of will must be guaranteed and not limited to the consumer develop socioeconomically and seek for themselves a life that values and want to have. Ensure the free expression of will is a task to be performed by the Consumer Protection Code, which applies to providers and intermediaries of public policies that extend credit by mandatory standards untied cooperation of self-interest. Two ways to overcome the limitations of freedom of choice are addressed, pre-contractual duty to inform, educate and counsel, and the possibility to readjust the credit agreements from subjective elements of the vulnerable contractor.

KEYWORDS

Contracting credit. Consumer protection. Socioeconomic development. Freedom of choice.

RESUMEN

La investigación analiza el crédito contratación para los consumidores, con el objetivo de demostrar que una sociedad donde el orden económico se basa en la libre empresa, el trabajo y la protección del consumidor, el Código de Protección del Consumidor, basado en el art. 5º, XXXII, de la Constitución Federal, protege el crédito al consumo y el beneficiario de las políticas públicas llevada a cabo por los préstamos, lo que genera el desarrollo socioeconómico. Se parte del análisis histórico de la formación y evolución del crédito de la protección del consumidor y la evaluación de los datos estadísticos sobre el uso de los contratos de crédito. Parece que en Brasil, el consumidor es vulnerable y dependiente de crédito a los productos y servicios esenciales para la subsistencia de acceso y por lo tanto se evita la contratación libremente. Estas características permiten la explotación económica de los individuos y de los beneficiarios de crédito derivado de las políticas públicas. Estas características permiten la explotación económica de los individuos y de los beneficiarios de crédito derivado de la política pública. Superar el problema radica en los fundamentos constitucionales de la armonización entre la libre empresa y los intereses del consumidor, esencial para garantizar la justicia social y la vida digna, y el supuesto de que la voluntad es autónoma sólo cuando se expresa libre y racionalmente, con igualdad de condiciones entre Contratante. Así, la libre expresión de la voluntad debe ser garantizada y no se limita al consumidor desarrollando socioeconómicamente y buscar por sí mismo una vida que valora y quiere tener. Asegúrese de que la libre expresión de la voluntad es una tarea a realizar por el Código de Defensa del Consumidor, que se aplica a los proveedores e intermediarios de las políticas públicas que otorgan crédito por las normas obligatorias colaboración no condicionada del interés propio. Se abordan dos maneras de superar las limitaciones de la libertad de elección, el deber precontractual de informar, educar y aconsejar, y la posibilidad de reajustar los contratos de crédito de los elementos subjetivos del contratista vulnerable.

PALABRAS-CLAVE

Contratación de crédito. Protección de los consumidores. Desarrollo socioeconómico. Libertad de elección.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI
Agência Nacional de Telecomunicações	ANATEL
Agravo	Ag.
Agravo de instrumento	Ag.I.
Agravo regimental	Ag.Rg.
Antes de Cristo	a.C.
Apelação cível	Ap.Cív.
Artigo	art.
Artigos	Arts.
Associação Brasileira de Normas Técnicas	ABNT
Banco Central do Brasil	BCB
Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico	BNDS
Banco Nacional de Habitação	BNH
Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha)	BGB
Cadastro de Pessoas Físicas	CPF
Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica	CNPJ
Caixa Econômica Federal	CEF
Cédula de crédito bancário	CCB
Código Civil	CC
Código de Defesa do Consumidor	CDC
Código de Processo Civil	CPC
Código Penal	CP
Comunidade Econômica Europeia	CEE
Confederação Nacional da Indústria	CNI
Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas	CNDL
Conselho da Justiça Federal	CJF
Conselho das Comunidades Europeias	CCE
Conselho Monetário Nacional	CMN
Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária	CONAR
Conselho Nacional de Defesa do Consumidor	CNDC
Conselho Nacional de Justiça	CNJ
Conselho Nac. de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial	CONMETRO
Consolidação das Leis do Trabalho	CLT
Constituição Federal	CF
Contribuição para o financiamento da seguridade social	COFINS
Contribuição para o programa de integração nacional	PIS
Contribuição social sobre o lucro líquido	CSLL
Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor	DPDC
Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos	DIEESE
Depois de Cristo	d.C.
Desembargador	Des.
Diário da Justiça	DJ
Editora	Ed.
Embargos de declaração	EDcl
Emenda Constitucional	EC

Empresa individual de responsabilidade limitada	EIRELI
Estados Unidos da América	EUA
Federação Internacional de Futebol	FIFA
Fundo de Financiamento Estudantil	FIES
Fundo Monetário Internacional	FMI
Habeas Corpus	HC
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística	IBGE
Imposto de renda de pessoa jurídica	IRPJ
Imposto predial territorial urbano	IPTU
Imposto sobre a propriedade de veículos automotores	IPVA
Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a títulos ou valores mobiliários	IOF
Índice de Preços ao Consumidor Amplo	IPCA
Índice de Preços ao Consumidor, Série r	IPC-r
Índice Geral de Preços do Mercado	IGP-M
Índice Nacional de Preços ao Consumidor	INPC
Instituto Nacional do Seguro Social	INSS
Instrução Normativa	IN
Julgado	j.
Lei Complementar	LC
Limitada	Ltda.
Medida Provisória	MP
Minas Gerais	MG
Ministério da Justiça	MJ
Ministério Público	MP
Ministro	Min.
Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional	ORTN
Organização Internacional do Trabalho	OIT
Página	p.
Parágrafo único	p. ún.
Paraná	PR
Partido da Reedificação da Ordem Nacional	PRONA
Partido Liberal	PL
Partido da República	PR
Produto interno bruto	PIB
Produto nacional bruto	PNB
Por exemplo	p. ex.
Recurso especial	REsp
Recurso extraordinário	REExt
Sociedade Anônima	S.A.
Secretaria de Defesa do Consumidor	SDC
Serviço de Proteção ao Crédito	SPC
Sistema de Informações de Crédito	SCR
Sistema Especial de Liquidação e de Custódia	SELIC
Sistema Financeiro de Habitação	SFH
Sistema Financeiro Nacional	SFN
Sistema Único de Saúde	SUS
Superior Tribunal de Justiça	SJT

Supremo Tribunal Federal	STF
Organismo geneticamente modificado	OGM
Organização das Nações Unidas	ONU
Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia	TJ-CE
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	TJPR
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	TJRS
Tribunal Superior Eleitoral	TSE
Tribunal Superior do Trabalho	TST
União Europeia	UE
Unidade Real de Valor	URV

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. DIREITO AO CRÉDITO	18
2.1. Autointeresse e Contrato	18
2.2. O Crédito na antiguidade.....	34
2.2.1. Do escambo à moeda e da moeda ao crédito	44
2.3. Cruzadas, bancos e a origem do capitalismo.....	46
2.4. Da Revolução Industrial à sociedade de consumo	54
2.5. Crédito e Consumo	65
2.5.1. Sociedade de consumo	65
2.5.2. Sobre correção monetária e juros.	73
2.5.2.1. Correção monetária.....	73
2.5.2.2. Juros no Brasil – da usura à taxa média de mercado	74
2.5.2.3. A taxa média de juros – inadequado critério de onerosidade	84
2.5.3. Ainda a sociedade de consumo.....	91
2.5.4. Crédito e endividamento – transferência indevida de riqueza.....	94
3. CONSUMIDOR E RELAÇÕES DE CONSUMO DE CRÉDITO	99
3.1. Liberdade, Igualdade e Solidarismo	99
3.2. O Consumidor e sua Proteção Constitucional	108
3.3. Relações de Consumo.....	111
3.3.1. Sujeitos da relação de consumo.....	115
3.3.1.1. A jornada de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor	115
3.3.1.2. Características da vulnerabilidade do consumidor	124
a. Vulnerabilidade técnica	134
b. Vulnerabilidade jurídica	136
b.1. Contratos de adesão	137
b.2. Crítica à concepção do sujeito a partir da ótica da contratação por adesão.....	142
c. Vulnerabilidade fática.....	148
d. Vulnerabilidade informacional	151
3.3.1.3. Consumidor	152
a. Superar o finalismo aprofundado.....	165

b. Consumidor equiparado.....	170
3.3.1.4. Fornecedor de produtos e serviços de crédito	171
a. Políticas públicas de concessão de crédito e auxílio financeiro	172
4. DA INFORMAÇÃO À REVISÃO CONTRATUAL	175
4.1. A Livre Manifestação de Vontade.....	175
4.1.1. Autonomia da vontade, autonomia privada e condicionantes negativas	183
4.2. Informação e Contratos de Crédito.....	185
4.2.1. Informação – transparência e responsabilidade.....	186
4.2.2. Informação e conceitos vagos.....	190
4.2.3. Informação e o preenchimento dos conceitos vagos	199
4.2.3.1. Informação de educação	208
4.2.3.2. Informação de consultoria	213
a. Análise da capacidade de endividamento	222
4.2.3.3. Informação de alerta	227
4.2.3.4. Da contratação massificada para a particularizada.....	231
4.3. Preservação dos Contratos.....	233
4.3.1. Teoria da imprevisão e a mitigação de seus requisitos.....	234
4.3.2. Teoria da quebra da base do negócio jurídico	239
4.3.3. Onerosidade excessiva e ampliação da álea do fato superveniente.....	243
4.3.3.1. Preservar o mínimo existencial.....	244
5. CONCLUSÃO.....	250
6. REFERÊNCIAS	258

1. INTRODUÇÃO

Liberdade e igualdade, desde muito antes de serem consagrados pela Revolução Francesa, fazem parte da história humana. Tomados em acepção ora mais restritiva, ora mais permissiva, são conceitos que se caracterizam pela percepção negativa do sujeito. Extremamente difícil definir o que é liberdade, e o que é igualdade. Mas tranquila é a percepção subjetiva da violação de ambas.

O liberalismo surgiu em um momento histórico de ruptura, mas foi viabilizado por elementos fático-ideológicos formados anteriormente, ainda sob a égide da ordem com a qual rompeu. Assim, o liberalismo não criou, propriamente, coisas, bens e institutos. Mas deu-lhe novos significados, remodelando a sociedade à luz da *novel* ideologia. Ainda fundada na liberdade e na igualdade. Ainda fundada no homem, na terra e no dinheiro. Mas tratando-lhes de modos diversos dos de outrora.

A partir do desenvolvimento das relações de troca, historicamente condicionadas às relações sociais, mas que se avolumaram sobremaneira na revolução comercial, a partir das amarras que prendiam o homem à comunidade, à igreja e ao estado, gerando insatisfação, a partir da revolução agrícola, que gerava excedente de alimentos, aumento da população e urbanização, e a partir do desenvolvimento científico, que proporcionou as grandes navegações e agora proporcionava o aumento da produção de manufaturados, o liberalismo aproveitou-se da segregação da liberdade e da estratificação social para lançar raízes em solo fértil.

Havia mão-de-obra urbanizada e desemprego, dinheiro circulando, terra disponível para venda e produção. Havia novos mercados. Uma boa pitada ideológica foi o fermento necessário à ebulição. Igualado a todos os semelhantes perante os olhos da lei, livre para dispor de si e de seus bens da maneira que melhor lhe aprouvesse, pelo rompimento dos laços controladores da comunidade, do estado e da igreja, o homem viu-se único, insular, mas também sozinho.

Desassistido pelo estado e desapossado da terra, até então o natural meio de subsistência, o homem foi vinculado ao capital. Obrigou-se a ceder sua força de trabalho em troca do salário que o empregador estava disposto a pagar. O trabalho tornou-se mercadoria. Como também se tornaram o dinheiro e a terra.

Se o homem era livre para dispor de seus bens, não mais estava amarrado ao

solo herdado por gerações, podia aliená-lo. Os direitos absolutos sobre a propriedade também autorizavam que, querendo, dela o homem se desfizesse.

E a circulação de mercadorias, proporcionada outrora pela revolução comercial, e agora pela revolução industrial gerou os agentes financeiros. Originalmente cambistas, eles tornaram-se banqueiros que recebiam depósitos e emprestavam o dinheiro depositado, fazendo com que, mesmo desvinculado da atividade produtiva, gerasse mais dinheiro.

O elemento de ligação de todos os outros era o homem. E, o sendo, sobre seus ombros recaiu a responsabilidade. Não mais desígnios da natureza ou divinos justificariam o destino de cada indivíduo. O homem, capaz de pensar, por si próprio ditava seu destino. E como animal que pensa racionalmente e com liberdade, não poderia tomar decisões diferentes daquelas que visassem seu bem-estar, seu autointeresse. Casaram-se, então, a vontade racional e o autointeresse.

Resultou do casamento a exploração do homem, primeiro nas relações trabalhistas. Depois nas relações financeiras. Salários foram paulatinamente achatados. E o acesso a produtos e serviços, imperativo da sobrevivência de quem não pode retirar o sustento da terra, por a ela não ter acesso, gerou a necessidade do crédito. Ter agora, para depois pagar com o salário resultante da venda da força de trabalho.

A expansão da produção e dos mercados, a maciça urbanização, o uso do capital alheio para adquirir bens para si e para a família, concedido através do crédito, e a facilidade das comunicações e transações financeiras, geraram a denominada sociedade de consumo. Espécie de organização social que acentuou as características exploratórias surgidas com o liberalismo, a sociedade de consumo gerou insatisfeitos, como dantes havia insatisfação em relação ao *ancien régime*.

Em um momento histórico de (re)afirmação de direitos humanos, liberdade e igualdade recebem nova significação. A liberdade deve representar condições de acesso do homem àquilo que deseja para si, portanto, não pode estar condicionada ou obrigada por forças irresistíveis. Forças que não deixaram de estar caracterizadas na exploração do trabalhador, mas que agora também se encontram na exploração do homem pela economia. Mas antes de buscar acesso aos caminhos que deseja trilhar, o homem precisa conhecê-los, ou, ao menos carece saber que existem e onde o podem levar. Liberdade também é ter ciência do que se quer e se pode vir a querer. Para tanto,

o homem precisa conhecer a si, aos demais e à sociedade, ser educado para poder ser livre na sociedade em que está inserido.

O homem brasileiro, em regra e tomando-se pela média, nem tem sensibilidade para saber o que quer para si, pois não é educado, nem tem acessibilidade àquilo que pode vir a querer, pois condicionado a viver como os meios lhe permitem. A desigualdade material é uma grande vilã. É aquela que mantém desigualdade na estrutura social, mantendo a população subjugada economicamente.

A cena retratada, que utiliza tintas alegres e deixa muito a desejar na reprodução da infeliz realidade dos brasileiros, é o corte metodológico utilizado para a análise da contratação do crédito, bem como para verificar se, e como, o CDC é capaz de garantir o exercício da liberdade em contratar e evitar que, através dos contratos de crédito, perpetue-se a exploração econômica do homem e, ainda, se o CDC é capaz de auxiliar no desenvolvimento socioeconômico.

De indispensável importância na sociedade de consumo, o crédito tornou-se elemento de exploração do consumidor pelas instituições financeiras. Por esta razão, o trabalho delinea como se chegou à situação retratada. Para tanto retrocede na história e verifica a formação dos mercados e como o discurso liberal, concretizado no direito principalmente através do contrato, então fundado na presunção da vontade livremente manifesta, influenciou na formação da sociedade de consumo.

Posteriormente, buscando dar aplicação prática ao estudo para a realidade brasileira, verifica-se quem é, em termos socioeconômicos, o consumidor brasileiro, construindo, a partir de dados estatísticos, quais são suas características, qual seu grau de vulnerabilidade intrínseco, quando comparado com consumidores de países chamados desenvolvidos. Também se verifica como as atuais teorias sobre a conceituação do consumidor conseguem – e se conseguem – proteger o consumidor.

Depois de retratado o consumidor médio brasileiro, passa-se a, com base na ideia central de que a liberdade deve representar sensibilidade e acessibilidade ao cidadão, e que é ele o destinatário da ordem constitucional que estabelece como dever de estado, instituições financeiras, empresas públicas e privadas e do próprio homem, construir uma sociedade que garanta vida digna, para o desenvolvimento socioeconômica e ambiental, verificar como, na contratação do crédito, se pode garantir a liberdade sensível e acessível.

Para tanto, não se ignora a existência da desigualdade material, mas se a utiliza como uma forma de responsabilizar fornecedores (em posição superior, econômica, técnica, jurídica e informacional) a agir para eliminar as condicionantes negativas da liberdade. O que se fundamenta no argumento do cumprimento de obrigações e compromisso para com o próximo na busca pela melhora geral de vida são impositivos constitucionais e consumeristas, dos quais os fornecedores não se podem desvincular, sob pena de responsabilização. Condicionantes negativas só podem ser consideradas eliminadas quando o homem puder, de forma livre e racional, tomar as decisões por si, pensando em si, ou no próximo.

Dois formas de eliminar condicionantes negativas quanto à contratação de crédito são exploradas. O dever de informar, previsto em conceitos vagos ao longo do CDC, aos quais se atribui conteúdo jurídico capaz de orientar os participantes das relações de consumo para saberem quais são seus direitos e deveres, bem como ao Poder Judiciário, no atendimento dos reclamos dos consumidores e na análise da responsabilização dos fornecedores. A informação é tomada como uma relação dialogal, onde se busca a construção da melhor solução ao consumidor e do menor risco ao fornecedor, trazendo vantagens a ambos.

Por fim, a segunda forma de eliminar as condicionantes negativas, quanto aos contratos de crédito, reconhece que podem surgir ao longo do cumprimento do contrato, gerando desequilíbrio. Neste caso, a readequação contratual, visando preservar os interesses dos contraentes, impõem a constatação das dificuldades atravessadas pelo consumidor e a necessidade de, para readequar o contrato, tomar em conta as particularidades e dificuldades do consumidor, colocando sobre os ombros do fornecedor o ônus temporal da relação de consumo.

A tese que se apresenta surgiu de duas inquietações. Primeiro verificar se o homem novamente depara-se com um momento de ruptura, e se é possível iniciar um caminho que não jogue a carga sobre os ombros de cada um, mas que seja dividida solidariamente, suportada em maior medida por quem mais tem capacidade para tanto. Segundo estabelecer meios para garantir o efetivo exercício da liberdade, enquanto sensibilidade e acessibilidade, já que é o exercício da liberdade – o contrato –, hoje, que permite a exploração do homem.

A partir daí, se busca estabelecer mecanismos jurídicos para, na contratação

do crédito, garantir a livre manifestação da vontade, através de ações conjuntas do estado, dos fornecedores (educação para o consumo e observação da boa-fé objetiva) e dos consumidores (observação da boa-fé objetiva e disposição para educar-se), como forma de (tentar) minorar as condicionantes negativas que limitam a vontade, sendo esta a forma proposta para viabilizar, no campo das relações de consumo, a concretização do desenvolvimento socioeconômico, através da ampliação dos limites de aplicação atualmente impostos ao CDC.

2. DIREITO AO CRÉDITO

2.1. Autointeresse e Contrato

Trocas fazem parte das atividades humanas. Trata-se de um contrato, pois estabelece o direito de receber e o dever de entregar o objeto da troca. Já os objetos, para serem trocados, carecem ser propriedade de quem efetua a troca, ou estar disponíveis para a troca, em caso de propriedade comum. Trocas não se realizam só por razões econômicas. Nem a noção de contrato de outrora coincide com a noção de contrato do liberalismo. Karl Polanyi¹, em crítica ao conceito de homem econômico², anota que o interesse em trocar pode objetivar p. ex., minimizar rivalidades e conflitos tribais, como nas ilhas Trobriand³, ou a organização social, como no caso dos Banaros⁴.

Karl Polanyi⁵, partindo da premissa de que a economia historicamente está submersa nas relações sociais localizadas geograficamente, afirma que a redistribuição e

¹ **A subsistência do homem e ensaios correlatos.** Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 99.

² A criação do conceito de homem econômico (que age pelo autointeresse) é atribuída a Adam Smith (**A riqueza das nações, vol. I.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 438), Autor muitas vezes criticado por tê-lo feito. Entretanto, conforme Amartya Sen (**Sobre ética e economia.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 39), Adam Smith desenvolveu sua teoria para além deste conceito, atribuindo ao homem as qualidades de simpatia e prudência, que também orientariam suas ações. Karl Polanyi (**A grande transformação.** Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2000, p. 138) também anotou que Adam Smith atribuía ao homem consciência moral que não decorria de aspectos econômicos, e que estariam em harmonia com valores familiares e políticos.

³ Segundo Bronislaw Malinowski (**Argonautas do pacífico ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia.** 2. ed. Trad. Anton P. Carr e Ligia Aparecida Cardieri Mendonça. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 71) as trocas, denominadas *kula*, eram de caráter intertribal (comunidades Massim), praticadas por comunidades localizadas em um conjunto de ilhas da Nova Guiné. Os participantes do *kula* viajavam de canoa. Colares de concha vermelha, chamados *soulava* eram transportados no sentido horário do círculo. No sentido anti-horário eram transportados braceletes feitos de conchas brancas, chamados *mwali*. Quando os portadores dos *vaigua'a* se encontravam, era realizada a troca. Quem recebia um bracelete, devia entregar um colar, e vice-versa. A aliança de doações implicava relações de correspondência, hospitalidade, proteção e assistência mútua. A quantidade de parceiros de troca, inclusive, importava em status social. Paralelamente os nativos realizavam trocas de bens comuns, não produzidos na ilha que os recebia.

⁴ Segundo Gayle Rubin (**O tráfico de mulheres: notas sobre a 'economia política' do sexo.** Trad. Chirstine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. SOS Corpo: Recife, 1993, p. 26): *Entre os banaros, o casamento supõe várias parcerias sexuais socialmente sancionadas. Quando uma mulher se casa, ela é iniciada no sexo pelo amigo consanguíneo de seu sogro. Depois de engravidar desse homem, ela começa a ter relações sexuais com o marido. Ela tem também uma parceria institucionalizada com o amigo consanguíneo de seu marido. As parceiras de um homem são sua mulher, a mulher de seu amigo consanguíneo, e a mulher do filho de seu amigo consanguíneo.*

⁵ **A grande transformação.** Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2000, p. 67.

a reciprocidade⁶ são dois princípios não associados à economia que garantem ordem na produção e distribuição de bens. A reciprocidade tem sua importância para manutenção da simetria e a redistribuição presta-se à organização social, pois exige divisão do trabalho e das formas de produção, armazenamento e comércio. Ambos operam em melhores condições quando em padrão institucional de simetria. Mas também é possível encontrar organizações econômicas fundadas em interesses diferentes do econômico, em sociedades assimétricas, como os egípcios.⁷ Sustenta Karl Polanyi que havia mercado⁸ antes de haver um sistema econômico que o orientasse. As trocas ocorriam para a satisfação de necessidades, e a atividade diária não privilegiava o consumo de bens e serviços encontrados no mercado. A troca era acessória da vida econômica⁹.

A sociedade de mercado surgiu, segundo Karl Polanyi, quando trabalho, terra e dinheiro foram transformados em mercadorias¹⁰, ou seja, passaram a integrar o sistema de trocas como objetos, sendo possível atribuir-lhes valor e negociar-lhes a compra e venda¹¹. A artificialidade das mercadorias (mercadorias fictícias) aliada ao *laissez-faire*¹² atribuiu ao trabalho um preço (o salário), tendo o mesmo ocorrido quanto a terra (a renda)¹³. Produção e troca, conforme Zygmunt Bauman¹⁴, deixaram de estar inscritas em um modo de vida mais geral (submeter-se às relações sociais) tornando

⁶ Conforme Amartya Sen (*Op. cit.*, p. 102), a reciprocidade deve ser considerada como uma forma geral de promover objetivos individuais. Assim, deve ser considerada intrinsecamente e instrumentalmente. Este modo de vê-la, como meio de promoção de objetivos individuais à partir da cooperação, gera nova visão sobre as relações contratuais, deslocando a prevalência do autointeresse para a cooperação, o que trará benefícios presentes e, em regra, também futuros, para ambos contratantes.

⁷ *Op. cit.*, p. 69. Modernamente, a redistribuição (também) é motivada por laços familiares e de afeto. Arlie Russell Hochschild (**As cadeias globais de assistência e a mais-valia emocional**. in. No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global. Org. Anthony Giddens e Will Hutton. Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2000, pp. 187-209. p. 188) relata situações onde mulheres que trabalham nos EUA remetem dinheiro para mães e filhos deixados nas Filipinas e México.

⁸ Exemplifica tratando de mercados locais, onde donas de casa adquirem produtos para suprir a necessidade doméstica diária, e onde artesãos oferecem seus produtos. (*Op. cit.*, p. 83).

⁹ *Ibid.*, p. 89. Nos séculos XII e XIII, já havia organizações de mercadores atuando em diversas cidades, impondo regras comerciais, como p. ex. a Liga Hanseática da Alemanha, com postos de comércio e armazéns espalhados da Holanda à Rússia, em quase cem cidades. Praticamente monopolizava o comércio do Norte da Europa com o resto do mundo. Estabelecia tratados comerciais, protegia a frota e elaborava suas próprias leis (HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 35). Nestes casos se não havia um sistema econômico, já havia influência de práticas econômicas sobre a sociedade.

¹⁰ Não sem antes ter ocorrido a separação entre o trabalhador e os meios de sustento, o que possibilitou a reprodução da força de trabalho, através do salário (ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1980, p. 18).

¹¹ *Op. cit.*, p. 97.

¹² Não intervenção do estado nas leis de mercado, ou no mercado em si, conforme: ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 25.

¹³ POLANYI, Karl. *Op. cit.*, p. 212.

¹⁴ **A sociedade individualizada**. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 29.

trabalho, terra e dinheiro, mercadorias. A desconexão entre o trabalho ligado a terra deixou a capacidade de trabalhar livre para mover-se, sendo aplicada em diferentes usos. Trabalho e terra não mais eram unidade. O trabalho congelou-se em um fenômeno de direito próprio, ou seja, em um objeto autocontido (coisa) passível de ser manuseado, unido ou separado de outras. O dinheiro (medida de troca) precisava ser acumulado e reutilizado na produção, para proporcionar-lhe a continuidade e garantir ao trabalhador acesso a bens de subsistência, o que ocorria pelo consumo. A terra tornou-se comercializável, gerando o controle privado dos meios de produção.

Dinheiro, trabalho e terra não são institutos exclusivos do sistema capitalista. São utilizados em regimes econômicos diferentes, como o socialista¹⁵. Em Cuba, o CC¹⁶ reconhece a propriedade privada¹⁷ e o direito a usucapir (arts. 184 até 190). Idem quanto ao contrato¹⁸, amparado pela garantia de dispor de bens e direitos¹⁹. Para tanto, exige manifestação de vontade²⁰ e estabelece regra para interpretá-la²¹. A boa-fé é presumida²². Leonardo B. Pérez Gallardo²³ aponta que a boa-fé, no direito cubano, se impõe como critério moralizador do comércio e negócios jurídicos, através

¹⁵ Inclusive com a consagração de valores negociais bastante atuais, como a boa-fé objetiva.

¹⁶ Ley 59, de 16.07.1987.

¹⁷ Art. 129.1. *La propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico. 2. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor del bien para reivindicarlo. 3. El propietario puede también solicitar el reconocimiento de su derecho por el órgano jurisdiccional competente e inscribirlo en el correspondiente registro.*

¹⁸ Art. 45.1. *El objeto de la relación jurídica es un bien, una prestación o un patrimonio, que sean de lícita apropiación o recepción. 2. Por su objeto, las relaciones jurídicas pueden ser: sobre bienes materiales, de obligaciones y de sucesión.*

¹⁹ Art. 46.1. *Las relaciones jurídicas sobre bienes materiales recaen directamente sobre cosas y confieren a su titular, frente a cualquier otra persona, la facultad de ejercitar su derecho dentro de los límites establecidos por la ley. 2. Los bienes materiales pueden ser inmuebles o muebles; son inmuebles la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización. Son bienes muebles todos los demás. 3. Las relaciones jurídicas de obligaciones facultan a una persona a exigir de otra una prestación. La prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. 4. Las relaciones jurídicas de sucesiones implican la trasmisión del patrimonio de una persona, por el hecho de su muerte, a otra.*

²⁰ Art. 50.1. *Los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito. 2. Los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden efectuarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete.*

²¹ Art. 52. *Cuando los términos de una manifestación de voluntad no son suficientemente claros, deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió, la significación generalmente aceptada de las palabras y las demás circunstancias concurrentes.*

²² Art. 6. *La buena fe se presume cuando el Código la exige para el nacimiento o los efectos de un derecho.*

²³ **¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del código civil cubano (a propósito de los veinte años del código civil cubano).** Rivista Roma e America: Diritto Romano Comune, n° 24, p. 103-164, jul.-dez. 2007, p. 25.

da exigência de um agir com honestidade, lealdade e previsibilidade, de forma a gerar confiança e segurança jurídica para desenvolvimento dos negócios. A Constituição de Cuba, apesar de estabelecer a propriedade comum dos bens de produção coletiva e dos que careçam de trabalho coletivo, reconhece a propriedade privada²⁴. O liberalismo, pois, não criou os institutos jurídicos que lhe dão fundamento.

Com os meios de produção inacessíveis ao trabalhador, o bem-estar material passou a reger-se por incentivos de fome e ganho, ou medo de não atender as necessidades da vida e expectativa de lucro²⁵. A esfera econômica ganhou importância e o conceito de autointeresse tornou-se diretiva do desenvolvimento da economia²⁶.

Da mesma forma que o direito, na baixa idade média²⁷, utilizou o determinismo grego²⁸, adaptando-o (da antítese de natureza e norma, para a do direito divino e humano), os liberais retiraram a motivação humana das mãos de Deus e a depositaram no homem (antítese do direito positivo e razão individual²⁹), que deveria reger-se pelo uso da razão³⁰, em seu benefício. Daí a formação do conceito de homem

²⁴ Art. 21º. *Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. Asimismo se garantiza la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, los que no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno. La ley establece la cuantía en que son embargables los bienes de propiedad personal.*

²⁵ POLANYI, Karl. *Op. cit.*, p. 213.

²⁶ Originando, p. ex., o utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stewart Mill, com os problemas daí decorrentes. Conforme Will Kymlicka (**Filosofia política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47): preferências egoístas e concepções inadequadas de igualdade.

²⁷ Para Santo Agostinho a única autêntica fonte do direito é a Sagrada Escritura, mas era dever a obediência às leis terrenas. A fé na providência era motivo suficiente para obedecer às leis de César, usando-as, mas não fruindo delas, isto é, não reconhecendo nas leis terrenas qualquer valor intrínseco (a justiça não poderia vir dos homens) (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berlinger. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 93).

²⁸ Kelly, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 09. Os gregos usavam a palavra *thémis*, que representava transmissão das determinações divinas (deuses eram justos e virtuosos) e *díke*, que representava instituição das regras (gregos não faziam uso de leis escritas), orientada pela *thémis* (regras religiosas que cada um traz em sua consciência). Posteriormente, passou a ser utilizado o termo *nómos*, que representava os costumes da pólis, ordem social e direito. Apesar do senso de justiça exprimir-se sob forma teológica e mitológica, os gregos acabaram laicizando-a, elaborando sua noção de ordem natural (*phýsis*, ou leis da natureza), a partir da confrontação entre *díke* e *nómos* (VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 18).

²⁹ O direito do indivíduo consiste em fazer o que, conforme seu juízo e razão, considerar útil para preservar a si. Somente pela razão o indivíduo cederá reciprocamente ou renunciará a qualquer direito, e somente com o seu consentimento o indivíduo pode obrigar-se, como também por sua vontade poderá ser submetido a obrigações externas (leis) (*Ibid.*, p. 705).

³⁰ Não se ignora as atuais críticas e interpretações sobre o uso da razão, como a de Anthony Giddens (**A constituição da sociedade**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07), para quem os motivos tendem influenciar diretamente a ação em circunstâncias relativamente incomuns, situações que quebram a rotina, sendo os atos rotineiros não diretamente motivados.

econômico. Amartya Sen³¹ afirma que o conceito, funda-se em equivocada correspondência entre racionalidade e maximização do autointeresse. Segundo o Autor, o dogma de que só é considerado racional o comportamento que maximiza o autointeresse, não leva em conta a concepção interna de racionalidade, pelo que questiona: por que deveria ser unicamente racional empenhar-se pelo autointeresse, excluindo todo o resto? Responde: é correto afirmar que a maximização do autointeresse não é irracional, mas é insólito asseverar que tudo o que não representa maximização do autointeresse tem de ser irracional. O egoísmo universal como requisito da racionalidade é absurdo, mas é, até hoje, argumento muito utilizado pelos economistas. Segundo Fábio Konder Comparato³², corresponder racionalidade e autointeresse foi um dos fundamentos de individualismo e concorrência, que veio em lugar da cooperação. O homem não age apenas por autointeresse, mas também por senso de justiça individual e social que impõe respeito a valores éticos³³. Um aparte. A CF e o CDC fornecem elementos que orientam as relações negociais por valores éticos. Visões alternativas ao autointeresse ressignificam a interpretação dos contratos. Mas antes, deve-se verificar o fundamento do contrato, dado, em grande medida, pela noção de autointeresse.

Adam Smith escreveu sua obra em 09.03.1776³⁴, momento propício para florescer a ideia de autointeresse, pois na mesma década de 1760 iniciava a Revolução Industrial³⁵, impulsionada pelos valores liberais da igualdade (perante a lei³⁶) e da

³¹ *Op. cit.*, p. 31-32.

³² **A civilização capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

³³ Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 298.

³⁴ Conforme a apresentação da obra (por Winston Fritsch) (*Op. cit.*, p. 8). Adam Smith (Edwin Cannan na introdução da mesma obra, p. 24), quando, no final de 1784, publicou a terceira edição do livro, ao fazer menção ao *presente estado de coisas* referia-se a fatos ocorridos durante o período em que a obra fora escrita e o período entre as publicações de primeira e terceira edições. A ressalva é importante, pois o Autor foi influenciado pelas ideias iluministas (século XVIII), sendo amigo pessoal de David Hume (informação da apresentação da obra, p. 7). Apesar das ideias iluministas até hoje influenciarem direito e economia, é preciso ter o cuidado de interpretá-las à luz da realidade contemporânea.

³⁵ BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**, v. 2. 43. ed. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 2007, p. 89. Muito embora Fernand Braudel (**A dinâmica do capitalismo**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, p. 33) sustente que a Revolução Industrial já se anunciava tempos antes do século XVIII. Paul Sweezy ([et al]. **A transição do feudalismo para o capitalismo – um debate**. 5. ed. Trad. Isabel Diddonet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 70), indica que a primeira Revolução Industrial teria ocorrido, na Inglaterra, por volta de 1540 e 1640, caracterizando-se por investimentos em novas atividades, tais como mineração, metalurgia, refino de açúcar e sal, fabricação de cerveja, sabão, alume e vidro.

liberdade (autonomia da vontade, na qual se fundavam os contratos³⁷, o que ocorreu através da colocação do elemento volitivo no centro das relações privadas³⁸). No campo jurídico, o liberalismo pressupunha limites dos poderes do estado. No econômico, pressupunha limites de funções do estado³⁹.

John Stuart Mill⁴⁰, tratando de sua teoria sobre a liberdade, parte de duas máximas: o indivíduo não tem de explica-se à sociedade por seus atos, pois não dizem respeito aos interesses de outros, senão dele próprio, e as ações prejudiciais aos interesses dos demais são passíveis de punição (legal ou social), quando a sociedade for de opinião de que é necessária para sua proteção. Quanto à limitação ao poder do estado (esfera jurídica), o Autor afirma que aquele pode exercê-lo para limitar a atividade individual só quando esta se funda na fraude, deslealdade ou força (atos para os quais a punição seria necessária). A limitação ao poder do estado se justificava porque que cada indivíduo pautaria a busca por seus interesses através do uso da razão, ou seja, sempre sopesaria prós e contras, de modo a evitar agir em fraude, com deslealdade ou através da força⁴¹. Quanto à limitação das funções do estado (esfera econômica), o Autor sustenta que o barateamento e a qualidade das mercadorias decorrem da liberdade de comércio, onde o fornecedor escolhe a mercadoria que vende e o preço que pratica, e o comprador é livre para adquiri-las de quem desejar. Esta era, conforme John Stuart Mill, a doutrina do livre comércio.

A igualdade representava garantia de não haver abusos⁴², comuns no absolutismo mercantilista⁴³, o que decorreria da imposição das mesmas leis a estado e

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Trad. Pilar Allegue. in. Neoconstitucionalismo(s). Org. Miguel Carbonel. Madri: Trotta, 2003, p. 17.

³⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 25.

³⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 17.

⁴⁰ **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, sem data, p. 131.

⁴¹ Conforme Günter Ellscheid (**Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Org. Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 221): *A veracidade ou a correção só se produz naquilo a que Kant chama o 'pensar por si mesmo'. Por isso, a partir do momento em que se fala de direito verdadeiro ou correcto no contexto do entendimento moderno de verdade, isso traduz a pretensão de autonomia do ser racional do homem e o apelo a que seja ele próprio a verificar e compreender aquilo que é declarado como correcto. O ser em princípio orientado a partir do exterior, próprio das épocas de domínio religioso, é substituído pela pretensão a uma prática auto-responsabilizante.*

⁴² Liberdade contra o poder, conforme Norberto Bobbio (*Op. cit.*, p. 24).

⁴³ O livre mercado surgiu em oposição ao mercantilismo. Este se caracterizava pela intervenção estatal na economia para promover o desenvolvimento e redistribuir renda. A produção agrícola ou industrial

cidadãos⁴⁴. A liberdade era pretendida em relação às corporações, à igreja e às tradições, que prendiam o indivíduo em grilhões religiosos, sociais e econômicos, traduzindo-se, no campo econômico, em produzir e comercializar sem os limites impostos pelo estado⁴⁵ e, no campo jurídico, em contratar livremente⁴⁶.

A noção de contrato orientou o pensamento jurídico moderno. Cumpria a finalidade de fazer circular a riqueza⁴⁷ (realizar trocas⁴⁸). Contrato era um acordo de vontades com finalidade criar, modificar ou extinguir direitos, desde que manifestada por agente capaz, com objeto lícito e a forma não vedada pela legislação. Esta definição de contrato perdura, não só no Brasil⁴⁹, pois a mesma se encontra na maioria dos países que optaram pelas codificações. Em rol exemplificativo, possível citar o contrato, com os mesmos elementos intrínsecos, em países europeus como França⁵⁰, Itália⁵¹ e Espanha⁵², e em países da América, como Argentina⁵³, Colômbia⁵⁴ e México⁵⁵.

dependia da autorização do estado, que tendia a praticar abusos. (STEWART JR. Donald. **O que é liberalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 19).

⁴⁴ *En el plano de la organización jurídica del Estado, el principio de legalidad traducida en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba de la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jurces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley* (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2009, p. 30).

⁴⁵ ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁶ Três as liberdades apontadas por Herbert Marcuse (**A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. 4. ed. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973, p. 23): de pensamento, de palavra e de consciência.

⁴⁷ NALIM, Paulo. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁸ Roppo, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 09.

⁴⁹ Contrato é o [...] *acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Por essa definição, percebem-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um 'negócio jurídico' e que por isso reclama, para a sua validade, em consonância com o art. 104 do Código Civil de 2002, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei*. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, vol. 5**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁵⁰ O CC Francês estabelece: Art. 1.101. *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*. Já o art. 1.108 estabelece as condições essenciais para contratar: Art. 1.108. *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation*.

⁵¹ O CC Italiano, estabelece que: Art. 1.321. *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*. E o art. 1.322, estabelece a autonomia em contratar: Art. 1.322. *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*.

⁵² Na Espanha, o CC, nos arts. 1.254 e 1.255, define contrato e fixa seu objeto: Art. 1.254. *El contrato existe desde que una o varias personas, consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*. Art. 1.255. *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y*

Os teóricos liberais não ignoravam a transformação de valores sociais, a limitação dos poderes estatais e da igreja e quebra das tradições, a emancipação do sujeito, o desenvolvimento tecnológico, a revolução agrícola e o excedente populacional, o surgimento de novos mercados consumidores, a ampla oferta de mão de obra e o surgimento das mercadorias fictícias: trabalho, terra e dinheiro.

Tais características criaram cenário ideal para se estabelecer uma relação dialética entre direito e economia, que resultou na ordem econômica idealmente livre, constituída através do direito⁵⁶ a partir do que Paolo Grossi denominou insularidade do sujeito⁵⁷, que usou o contrato como meio do exercício da liberdade. Contratar exigia vontade e não obediência.

Todavia, conforme Eros Roberto Grau⁵⁸, o livre mercado nunca foi, de fato, absolutamente livre. Trata-se de um tipo ideal, pois nem na França do século XVIII ocorreu. O decreto d'Allarde, de 1791, no art. 7º, determinava que qualquer profissão, arte ou ofício seria de livre exercício, mediante pagamento de uma patente (imposto direto) e das taxas exigíveis, além da estar sujeita aos regulamentos policiais. Ainda em 1791, a Lei Le Chapelier proibiu todas as espécies de corporação. A livre iniciativa, já

condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

⁵³ Na Argentina, o CC estabelece que: Art. 1.137. *Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.*

⁵⁴ Na Colômbia, o CC estabelece que: Art. 1.494. *<Fuente de las obligaciones>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Art. 1.495. <Definición de contrato o convención>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*

⁵⁵ O CC do México estabelece: Art. 1.792. *Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Art. 1.793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Art. 1.794. Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato.*

⁵⁶ Karl Polanyi (Karl. *Op. cit.*, p. 185) anota que a economia de mercado resultou da convergência de fenômenos originalmente separados e independentes, que não podem ser compreendidos fora de uma análise dos elementos institucionais de sua formação. Concorde-se, em parte, pois todos os elementos institucionais que formaram a economia de mercado são históricos, muitos aproveitados pela economia.

⁵⁷ **O direito entre poder e ordenamento.** Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 61. O Autor explica que no século XIV, através da especulação franciscana, passou-se a ver o homem como submetido a Deus, mas com uma superioridade sobre o mundo (o homem criado à Sua semelhança). Liberdade representa autodeterminação da vontade, pela dominação da natureza. Liberdade é a antítese da servidão, resultando na independência do sujeito, apto a expandir a soberania sobre as coisas. Também Michael Villey (*Op. cit.*, p. 205), Paulo Nalim (*Op. cit.*, p. 107) e Antonio Junqueira de Azevedo (**Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 97, v. 1, p. 107-125, 2002, p. 112).

⁵⁸ **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

naquela época, tinha sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra os abusos do estado, bem como contra as corporações, e compeli-lo ao cumprimento do avençado, em caso de quebra contratual⁵⁹. Assim, em plena Revolução Francesa, a livre iniciativa era, juridicamente, expressão de garantia de legalidade⁶⁰, e não de iniciativa de todo desamarrada da regulação estatal⁶¹. Esta garantia de legalidade fica clara em John Stewart Mill⁶² que afirma que o princípio da liberdade individual não está envolvido na doutrina do livre comércio. Sustentava que, em relação ao comércio, cabia ao estado controlar e regulamentar, p. ex., fraude por adulteração, proteção sanitária, responsabilidades dos empregadores por empregados colocados em situações perigosas, etc. O Autor afirma haver necessidade de regulamentação dos contratos a partir da exigência de respeito a formalidades mínimas (assinatura e atestação de testemunhas), de modo a, ocorrendo disputa, existir prova de que foi firmado e é válido (bastava igualdade formal, garantida pela legislação que dizia paritários os contratantes, muito embora já não o fossem, sendo prova os contratos de trabalho infantil). Formalidades, entretanto, não deveriam representar obstáculos no caminho dos contratos, sob pena de destruir sua finalidade. A tentativa de John Stewart Mill em desvincular liberdade do indivíduo e atividade econômica demonstra como o livre comércio sustenta-se, pois: a) há limitação do poder do estado quanto à intervenção na autonomia privada e nos efeitos dos contratos; e b) há intervenção limitativa do estado ao atuar, através da polícia, para impedir a concorrência desleal e para exigir o cumprimento das avenças.

Ainda que limitada pela lei, a livre iniciativa se trata de um desdobramento da liberdade. Uma sociedade que adota o livre mercado pressupõe liberdade para contratar qualquer transação de interesse recíproco, sendo que ninguém pode ser

⁵⁹ Parece, de facto, remontar a tempos 'históricos' o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações econômicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte dos órgãos da colectividade – numa palavra, submetê-las ao direito (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 15).

⁶⁰ Também assim o é no Brasil, sob a égide da CF (PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 180).

⁶¹ Conforme anota Robert B. Reich (**Supercapitalismo**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 46: *Este não era, de modo algum, o modelo de capitalismo democrático dos livros-texto, que separam rigorosamente a 'economia' do 'governo' e acreditam no surgimento quase automático do capitalismo, por meio da atuação de um 'mercado livre' idealizado, enquanto a democracia se fortalece à medida que os eleitores comparecem às urnas para selecionar os gestores do setor público. Com efeito, muitas das funções implícitas do governo consistiam em 'gerenciar' o processo quase sempre desordeiro pelo qual se realizavam essas negociações econômicas e políticas.*

⁶² *Op. cit.*, p. 133.

obrigado a realizar qualquer contrato sem que concorde em fazê-lo⁶³, como não pode deixar de cumpri-lo depois. Sendo fundamento dos contratos a autonomia da vontade, fonte única e legitimadora do nascimento de direitos e obrigações⁶⁴, não era dado ao indivíduo o direito descumprir a avença e, se o fizesse, arcaria com as consequências⁶⁵. Resulta daí a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), bem como a regra de que os contratos não atingem a terceiros⁶⁶.

O liberalismo proporcionou à economia uma forma de se desenvolver fazendo uso do direito. Os juristas, influenciados pelo pensamento liberal, (re)construíram o direito⁶⁷. Destaca-se o autointeresse, tido por Rudolf Von Ihering⁶⁸, como balizador de sua teoria da finalidade do direito. O Autor definia a finalidade como o elemento determinante da vontade. Sustentou que o indivíduo forma a sociedade, mas esta possui uma força cogente sobre a vontade humana, que denomina de alavancas do movimento social, apontando a existência de quatro delas: remuneração, coação, senso de dever e amor. Apesar de denominar a remuneração e a coação de alavancas egoísticas, pois movidas pelo autointeresse, Rudolf Von Ihering atesta que sem elas é inconcebível a vida social, já que representam as forças motrizes da sociedade⁶⁹. Por outro lado, também afirma que mesmo em relação ao senso de dever e ao amor, os atos do indivíduo pautam-se em um agir para si, um interesse voltado a uma finalidade em proveito próprio. Exemplifica a posição sustentando, por primeiro, que os atos de abnegação são praticados para com os filhos, amigos ou um fim comum, mas não para desconhecidos distantes. Também a abnegação é realizada criticamente (ou racionalmente). A ação abnegada, segundo o Autor, nada mais é que um meio, para atingir um fim, que é obter a satisfação decorrente do resultado na pessoa do outro, vale dizer, a alegria pela felicidade alheia⁷⁰. Mesmo em atos de abnegação, a finalidade da

⁶³ STEWART JR. Donald. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 57.

⁶⁵ Immanuel Kant, sustentava que o direito está ligado à competência de exercer coerção, como forma de garantir que não existissem obstáculos ao exercício da liberdade (**Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 77).

⁶⁶ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 112.

⁶⁷ A lei utilizada pelo direito romano, conforme Michael Villey (*Op. cit.*, p. 191) foi resgatada pelo pensamento jurídico moderno. Na Idade Média, a Sagrada Escritura, costumes e doutrina eram fontes do direito.

⁶⁸ **A finalidade do direito**, v. 1. Trad. José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 39.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 28.

ação humana seria o autointeresse. O desenvolvimento jurídico, para Rudolf Von Ihering, residia na vontade humana consciente de seus fins⁷¹ e na obrigatoriedade de cumprimento dos pactos⁷². Cabia ao direito garanti-los⁷³. Desta forma, ficaram amarradas as liberdades política e econômica, o que repercutiu até os dias atuais. O resultado segundo denuncia Fábio Konder Comparato⁷⁴ foi: a) sistemática exploração do trabalhador e (posteriormente) do consumidor; e b) atentados ao equilíbrio ecológico do planeta.

Dois dos problemas do liberalismo foram potencializados pelo capitalismo e acabaram gerando a exploração do trabalhador e do consumidor. Primeiro, o livre mercado demonstrou-se incapaz de atingir a uma posição de equilíbrio, já que, além da desigualdade material, existem assimetrias que impedem que se chegue a este ponto ótimo, dos produtores entre si⁷⁵, dos trabalhadores entre si⁷⁶ e dos consumidores entre si⁷⁷. Segundo, o capitalismo não admite retrocesso ou estabilização. É um sistema de acumulação que coloca perpetuamente em jogo o capital no circuito econômico, para obter lucro para aumentar o capital, que seguirá o mesmo ciclo. Não visa amontoar riqueza, pois armazená-la reduz a liquidez, o que constitui um obstáculo à transformação permanente do capital, que passa de produção em moeda e de moeda a novos investimentos⁷⁸.

Diferentemente do liberalismo, que carecia da ação estatal para evitar o desequilíbrio, o capitalismo não admite regulação. O faz somente quando é inevitável, ou quando são fechados caminhos mais diretos para o lucro⁷⁹. Por este motivo, evolui

⁷¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 74.

⁷² Também Hugo Grotius, segundo aponta Paulo Nalin (*Op. cit.*, p. 107), defendia que as condições de sociabilidade constitutivas do direito residem na obrigatoriedade dos pactos.

⁷³ Rudolf Von Ihering faleceu antes de terminar a obra que intitulou *a finalidade do direito*.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 272.

⁷⁵ Os mecanismos de concorrência desleal.

⁷⁶ Diversos níveis de qualificação entre os países e no interior de cada país, em regiões diferentes, além do excesso de trabalhadores, que reduz o poder de compra para o consumo, em virtude dos baixos salários. Conforme aponta Claus Offe (**Capitalismo desorganizado**. 2. ed. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 206), há uma tendência de polarização de interesses entre diferentes grupos de trabalhadores, o que leva ao conflito dentro da própria classe.

⁷⁷ Poder de compra diversificado entre os países e no interior destes. Baixa instrução de considerável parcela de consumidores, o que o leva a escolhas irrefletidas, geradoras de desequilíbrio. Escolhas irrefletidas que, anote-se, muitas vezes são estimuladas pelos produtores através da publicidade.

⁷⁸ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 36. A transformação dos Juizados Especiais Cíveis em *serviços de atendimento ao consumidor*, decorrente da ineficiência dos serviços prestados pelos *litigantes habituais*. Instituições financeiras,

através da constante produção e inovação de formas tecnológicas e organizacionais⁸⁰, resultando em novas relações sociais, que passam a exigir outras formas jurídicas, bem como a reinterpretação de velhos institutos⁸¹. Sobre velhos institutos, três deles continuam indispensáveis agora, como eram no liberalismo: dinheiro, trabalho e terra. E estes, ainda coisificados, comunicam-se através dos contratos e da garantia da propriedade privada. O capitalismo não visa equilíbrio, mas a acumulação. Para tanto, se lhe for permitido, irá explorar o trabalhador, p. ex., transferindo a atividade produtiva para países onde os salários são menores e as condições de trabalho piores (exigindo menor investimento em segurança e sanidade no local de trabalho), como explorará o consumidor, p. ex., formando cartéis para elevar artificialmente os preços, ou praticando preços mais altos que o necessário através da indução dos consumidores a adquirir os produtos e/ou serviços pela propaganda, ou ainda, firmando contratos desequilibrados, com previsão de vantagens para o fornecedor. Sem esquecer que estas formas de lesar o consumidor por vezes são utilizadas de maneira combinada.

Neste aspecto, o contrato tinha, e continua a ter, papel imprescindível, em virtude de duas características que lhe foram atribuídas, e que até hoje são utilizadas. Primeiro, o contrato congela no tempo as relações jurídicas estabelecidas entre as partes. Anota Paulo Nalin⁸² que através dos contratos buscou-se a estabilidade das relações jurídicas. A presunção de igualdade (formal) entre os contratantes⁸³, a abstração (característica comum das codificações) e o descompromisso com o tempo de sua aplicação formam, neste aspecto, a essência do contrato. Se a pretensão do uso dos contratos era fazer lei entre os contratantes, foi necessário dotá-lo de obrigatoriedade (mesma característica da lei positivada) e de autonomia em relação a fatos e

empresas de telefonia, fabricantes e revendas de automóveis, empresas aéreas, etc., transformam o cumprimento da lei em cálculo econômico. Se o valor da indenização for menor que o lucro obtido com reiteradas lesões, a opção é continuar os ilícitos. Outro exemplo são as externalidades negativas. Sendo mais barato transferir custos ao meio ambiente ou população, do que tomar medidas preventivas, a opção será pela transferência dos custos.

⁸⁰ HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 103. Hodiernamente, a busca é por alternativas à dependência do petróleo, e por novas tecnologias que diminuam o aquecimento global, ou o aumentem em menor ritmo (até que novas tecnologias sejam desenvolvidas...).

⁸¹ As relações empresariais ligadas ao direito de família, que exigiram a construção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa, p. ex.

⁸² *Op. cit.*, p. 109.

⁸³ A igualdade jurídica resultava da abolição, pelo liberalismo, dos privilégios e discriminações que caracterizavam os ordenamentos jurídicos anteriores. Todos eram iguais perante a lei (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 35).

circunstâncias futuras⁸⁴, atribuindo-lhe como efeitos, a irretratabilidade e a intangibilidade⁸⁵. Ambas características decorriam da liberdade em contratar, pela presunção de que a justiça da relação resultava de o conteúdo do contrato corresponder à livre manifestação de vontade, espontânea e consciente (racional), que o determinavam segundo seus interesses próprios (autointeresse)⁸⁶.

O contrato, por tratar-se de instituto jurídico, permite ao legislador intervir nas relações econômicas que se desenvolvem através dele. É possível dar ao contrato um arranjo e um processamento conforme os interesses que pretende tutelar. Em outras palavras, os contratos permitem que sejam regulamentadas as operações econômicas, segundo objetivos (ou a partir de interesses) não jurídicos⁸⁷.

Liberalismo e capitalismo, em muito viabilizados através do contrato, desenvolveram-se sobremaneira, mormente porque se tratam de sistemas baseados em trocas. O fenômeno não passou despercebido pelos legisladores constitucionais de diversos países (no caso do Brasil, em alguma medida, também em constituições anteriores à atual), que estabeleceram regras que procuram dar novos objetivos à atividade capitalista (no Brasil denominada livre iniciativa pelo art. 170, da CF), ou seja, incorporar-lhe finalidades não econômicas, limitando-a, harmonizando-a⁸⁸ e complementando-a com finalidades sociais e também atinentes ao trabalho, como, p. ex., na Argentina⁸⁹, na Colômbia⁹⁰ e também em Portugal⁹¹.

⁸⁴ Miguel Maria de Serpa Lopes (**Curso de direito civil, v. III**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 27) anota: *O risco contratual, na feliz expressão de Saleiller, toca ao destinatário, na teoria da vontade, e ao declarante, na teoria da declaração.*

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 191.

⁸⁶ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 23. Também NALIN, Paulo (*Op. cit.*, p. 110).

⁸⁸ BARROSO, Lucas Abreu. **A teoria do contrato no paradigma constitucional**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 149-169, out.-dez 2012. p. 153.

⁸⁹ Consta na Constituição da Argentina: *Art. 14º. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

⁹⁰ Consta na Constituição da Colômbia: *Art. 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.*

No Brasil o art. 170, da CF, estabelece que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa, positivando uma deliberada opção do legislador pelo capitalismo. Ao mesmo tempo em que assegura o exercício de qualquer atividade econômica, fixa o objetivo de uma existência digna a todos, segundo os ditames da justiça social, orientada pelos seguintes princípios: a) soberania nacional; b) propriedade privada; c) função social da propriedade; d) livre concorrência; e) defesa do consumidor; f) defesa do meio ambiente; g) redução das desigualdades regionais e sociais; h) busca do pleno emprego; e i) tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

A opção do legislador constitucional pela livre iniciativa – ainda que aponte a livre concorrência como princípio (art. 170, IV, da CF) – tenta não confundir-se com uma opção pelo livre mercado, mas também não representa um retrocesso ao mercantilismo. Foram fixadas barreiras de caráter ético-normativo à livre iniciativa⁹², que estabelecem os meios pelas quais pode ser exercida, como também uma finalidade diversa da acumulação, que é assegurar a existência digna⁹³. Arrisca-se dizer, não só aos seres humanos, mas também à flora e fauna⁹⁴.

O liberalismo foi, em seu tempo, importante fator de transformação

⁹¹ Consta nos arts. 61º e 80º, *a e c*: Art. 61º. 1. A iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. 2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos. 3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. 4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública. 5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei. Art. 80º A organização econômica-social assenta nos seguintes princípios: a) Subordinação do poder econômico ao poder político democrático; [...] c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista.

⁹² O art. 170, p. ún. da CF, estabelece que o exercício de qualquer atividade é livre, salvo nos casos previstos em lei. O art. 174, da CF, fixa que o estado é responsável por regular a atividade econômica, exercendo fiscalização, incentivo e planejamento, o § 1º, determina que a lei fixe diretrizes e bases do desenvolvimento nacional e o § 2º, do mesmo artigo fixa o dever de estimular o cooperativismo e outras formas de associação. Já o art. 173, § 4º, da CF, fixa que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico, para evitar a eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

⁹³ Conforme Antônio Carlos Efig (Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 36), as relações econômicas se encontram assentadas sobre um suporte principiológico constitucional, devendo a livre iniciativa ser harmonizada com os outros princípios constitucionais, em especial a dignidade humana.

⁹⁴ A inclusão da defesa ao meio ambiente no rol de princípios orientadores da atividade econômica (art. 170, VI, da CF), não pode ser interpretada só como preservação de reservas de matéria-prima. É uma vedação à atividade poluidora e capaz de causar danos para além do estritamente necessário para fauna e flora, impondo o dever de restauração, para que se possa chegar ao desenvolvimento sustentável, na forma do art. 225, da CF, que tem por objetivo erradicar a pobreza, conforme aponta Celso Antonio Pacheco Fiorillo (Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71), onde homem e meio-ambiente possam estar em um processo de simbiose (CATALAN, Marcos. Proteção constitucional do meio ambiente. São Paulo: Método, 2008, p. 92).

jurídico-política. Gerou consequências que até hoje operam e que, interpretadas e aplicadas à luz dos valores socioeconômicos e ambientais do presente, ainda pode produzir bons frutos⁹⁵. Os direitos de liberdade⁹⁶ e igualdade⁹⁷ continuam indispensáveis. É preciso, entretanto, torná-los reais, e não mera pretensão transformada em formalismo⁹⁸. Da mesma forma, o terceiro valor liberal, relegado ao segundo plano – a fraternidade⁹⁹ – precisa ser resgatado¹⁰⁰.

Conforme Eros Roberto Grau¹⁰¹, a liberdade desdobra-se em sensibilidade e acessibilidade. Sensibilidade para conhecer suas próprias possibilidades e para reivindicar alternativas de conduta e comportamento, e acessibilidade para desenvolver tais possibilidades. Sem cumprir esta dupla função, a liberdade é incompleta.

O trabalho representa uma das formas pelas quais se dá o exercício prático da liberdade. A proteção do trabalho e os limites impostos ao contrato de trabalho estão em estágio mais avançado que os contratos de consumo, muito em razão do conflito de classes que ocorre desde o século XIX, e que forçou juristas e estado a reconhecerem direitos aos trabalhadores¹⁰², melhorando condições de trabalho e remuneração.

Duas conquistas humanas, a secularização e a posse de verdades científicas,

⁹⁵ O legislador constituinte não deixou outra saída, que não a de construir um sistema mais humano (o que parece contraditório), ao consagrar, no art. 170, da CF, que o Brasil adota um sistema econômico fundado na livre iniciativa. O legislador preocupou-se em impor limites – ou deveres solidários – a esta liberdade, dentre eles a proteção ao consumidor (art. 170, V, da CF).

⁹⁶ Liberdades de manifestação de pensamento, reunião, organização, liberdades sexuais, etc., todas conquistadas com derramamento de sangue (em regra contra ações estatais), hoje são direitos tutelados pelo estado. Hodiernamente se vai um pouco além, buscando responsabilização pelo abuso da liberdade, mas também se verificam retrocessos, como, p. ex. os abusos cometidos pela política contra manifestantes, durante os protestos realizados em junho e julho de 2013, em diversas cidades brasileiras.

⁹⁷ Cotas sociais em universidades e programas de (re)distribuição de renda são ações que buscam igualdade material, reconhecendo o necessário tratamento desigual aos desiguais.

⁹⁸ Não se pode admitir que o direito seja tomado como descritivo. É preciso atribuir-lhe dimensão axiológica e dotar-lhe de instrumentos capazes de realizar os valores constitucionais. (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luiz Bonzam de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11).

⁹⁹ Chamada solidarismo, talvez para abarcar a necessidade de cuidado com a natureza, num rompimento da visão antropocêntrica que orientou a ação humana durante milênios.

¹⁰⁰ Trata-se de um imperativo imposto constitucionalmente, com força de dever ser.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 181.

¹⁰² A opção por remunerar o trabalhador com salário, ao invés de mantê-lo sob a tutela do proprietário como servo ou arrendatário, foi opção do liberalismo. Por outro lado, manter a saúde do trabalhador garante a existência do exército de reserva que, submetido ao direito deve permanecer flexível, dócil, manipulável e qualificado (HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 55). A necessidade de trabalhadores qualificados justifica a opção, no Brasil, em privilegiar a universidade, em detrimento do ensino fundamental e médio.

possibilitaram o que Paolo Grossi¹⁰³ denomina de descoberta da sólida e concretíssima natureza das coisas¹⁰⁴. O liberalismo, enquanto ponto de ruptura, demonstrou-se, conforme Paolo Grossi¹⁰⁵, desconsagradora e demolidora de mitos e, ao mesmo tempo, uma formidável construtora deles, organicamente imaginados e sustentados, que dão vida a uma verdadeira mitologia jurídica (estado de natureza, contrato social, representação política, igualdade jurídica, vontade geral, livre vontade, etc.). Os mitos criados pelo liberalismo, assevera o Autor, eram frágeis por não ter o apoio das metafísicas religiosas, como também não tinham o apoio da história. Por isso precisam tornar-se mitos, tornar-se uma meta-realidade, absolutizando-se, tornando-se objeto mais de crença do que de conhecimento¹⁰⁶. Em boa medida, o estudo busca, histórica e juridicamente, lidar com o mito da livre vontade como manifestação do autointeresse, limitado-o aos contratos de crédito, verificar como surgiu, como se encontra e quais são as respostas do CDC, a partir de uma tentativa de desmistificação.

Após passar pelo fundamento do liberalismo e suas consequências aos contratos, neste primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que: a) o crédito, como relação jurídico-econômica viabilizada pelo contrato, paulatinamente ganhou importância, sendo atualmente indispensável às relações de consumo, dada a necessidade do homem em consumir para subsistir; b) o acesso ao crédito é um direito do consumidor, servindo para preservação e conquista de direitos fundamentais¹⁰⁷.

¹⁰³ **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 48.

¹⁰⁴ É preciso citar Marshall Berman (**Tudo que é sólido desmancha no ar**. Trad. Ana Maria L. Ioriatti e Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 108) que, referindo-se a Karl Marx, anota: *Marx se mostra chocado com a destrutiva banalidade que o niilismo burguês imprime à vida, porém acredita que essa brutalidade possui uma tendência recôndita a se autotranscender. A fonte dessa tendência é o paradoxal princípio 'sem princípios' da livre troca. Marx admite que a burguesia realmente crê nesse princípio — ou seja, num incessante, irrestrito fluxo de mercadorias em circulação, uma contínua metamorfose dos valores de mercado. Se, como ele acredita, os membros da burguesia de fato desejam um mercado livre, sua opção será forçar a livre entrada de novos produtos no mercado. Isto implica, em contrapartida, que toda sociedade burguesa desenvolvida de maneira plena seja uma sociedade genuinamente aberta, não apenas em termos econômicos mas também políticos e culturais, de modo que as pessoas possam sair livremente às compras e à procura dos melhores negócios em termos de idéias, associações, leis e compromissos sociais, tanto quanto em termos de coisas. O princípio sem princípios da livre troca forçará a burguesia a garantir até mesmo aos comunistas o direito básico de que todo homem de negócios desfrute, o direito de oferecer, promover e vender seus produtos ao maior número de consumidores que conseguirem atrair.*

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁷ Opta-se, aqui, pelo uso do termo direitos fundamentais, ao invés de direitos humanos, pois o termo *direitos humanos* é utilizado em regra, no âmbito internacional, e *direitos fundamentais* no direito interno. Não olvida-se que muitos deles coincidem (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29).

O primeiro passo, portanto, é analisar como, ao longo da história, desenvolviam-se as relações socioeconômicas, e como o crédito desenvolveu-se no interior destas relações.

2.2. O Crédito na Antiguidade

No estágio inicial da civilização, o extrativismo dos grupamentos humanos bastava para a subsistência. Mas o crescimento da população obrigou o homem a realizar trocas de bens desnecessários, excedentes ou supérfluos por outros, necessários. Nem sempre, entretanto, bens desnecessários de um grupamento eram necessários ao outro. As trocas de bens por bens, como anota Fran Martins¹⁰⁸, podiam não se realizar por falta de equivalência de utilidade para as partes interessadas. Daí a razão de criar um bem, ou mercadoria, capaz de ser permutado por qualquer outro, a moeda.

O comércio, conforme Antônio Carlos Efig¹⁰⁹, decorre da existência da troca de mercadorias. O escambo, remonta ao final da pré-história, especificamente ao período neolítico. Importa apreciar algumas características da época e da antiguidade para ter exata compreensão de alguns fenômenos sociais, econômicos e ambientais que surgiram naquele estágio, e que persistem hodiernamente.

Uma ressalva feita por historiadores: a visão de que a civilização atual é um estágio mais complexo da evolução apresenta equívocos. Pretende que a civilização em que se vive seja o modelo e ideal atingido em função do qual se deve julgar os demais estágios evolutivos. Para aceitar essa concepção, seria necessário que todos os grupos tivessem passado exatamente pelas mesmas etapas evolutivas. Cada grupamento, em cada momento histórico, desenvolveu cultura e organização social próprias. Cultura e organização social de cada grupamento devem ser analisadas em seu próprio contexto. Do contrário, o que se estará a fazer será tentar demonstrar a superioridade da atual civilização¹¹⁰.

No final do paleolítico superior (30.000 a 10.000 anos a.C.), grupamentos humanos eram nômades, mas o consumo de grãos assumiu importância¹¹¹. A

¹⁰⁸ **Curso de direito comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 03.

¹⁰⁹ **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: RT, 2002. p. 21.

¹¹⁰ ARRUDA, José Jobson de A. **História antiga e medieval**. 17. ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 33.

¹¹¹ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Trad. Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. São Paulo: Unesp, 2010. p. 66.

adaptabilidade humana, segundo Geoffrey Blainey¹¹², era impressionante¹¹³. Além de adequarem-se ao local, os humanos, mesmo no paleolítico inferior (500.000 a 10.000 anos a.C.), já conseguiam adaptar o meio-ambiente às suas necessidades¹¹⁴.

Naquele período, grupamentos se organizavam numa espécie de sedentarização temporária¹¹⁵. Grupos de homens de Cro-Magnon (30.000 anos a.C.) habitavam cavernas durante anos consecutivos¹¹⁶ e, em sedentarização temporária, estavam presentes em locais com o solo rico, sendo encontrados vestígios de uso do solo até o esgotamento¹¹⁷. Usar recursos naturais e a capacidade de renovação da natureza não são, pois, novidade, nem fruto de descobrimento científico. Empiricamente populações pré-históricas já praticavam esta forma de exploração.

Com o armazenamento mais complexo (secagem, defumação, etc.), houve sedentarização. Entre 10.000 e 5.000 anos antes da era atual, no neolítico, grupamentos passaram semear plantas e manter animais em cativeiro, transformando-se em cultivadores¹¹⁸, o que proporcionava sobras. O excedente gerou aumento populacional, estabilizou a sobrevivência e favoreceu o surgimento de instituições sociais¹¹⁹. Ecossistemas tornaram-se um meio ambiente artificializado¹²⁰. A passagem da predação

¹¹² **Uma breve história do mundo**. 2. ed. Trad. Tibério Novais. Ed. Fundamento. São Paulo: Fundamento, 2007. p. 06.

¹¹³ Hannah Arendt (**A condição humana**. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 194), observou a adaptabilidade do ser humano, condicionado e condicionante.

¹¹⁴ Milton Santos (**A natureza do espaço**. São Paulo: Edusp, 2002. p. 239) observa que o homem é [...] capaz de realizar transformações na natureza, adaptando-a para que melhor o sirva. Por esse motivo, habita todos os locais do globo, transformando-o por completo, de modo que a natureza, onde ainda existe, já deixou de ser parte significativa do meio ambiente humano. O fenômeno de transformação da natureza para adaptá-la, não é novo. Infelizmente não se vislumbra, em prazo curto, que a situação alterar-se-á, principalmente em locais de pobreza. Hannah Arendt (*Op. cit.*, p. 15) denomina *trabalho*, a atividade correspondente ao artificialismo, que produz um mundo de coisas diferente do ambiente natural. Karl Polanyi (*Op. cit.*, p. 95) parece comungar da opinião: *Trabalho é apenas um outro nome para a atividade humana que acompanha a própria vida que, por sua vez, não é produzida para venda mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada*.

¹¹⁵ LOROI-Gourhar, André... [et al]. **Pré-história**. Trad. Josefa Uratsuka e Caio Del Rio Garcia. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1981. p. 160.

¹¹⁶ BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental, vol. 1**. 44. ed. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 2007. p. 22.

¹¹⁷ As terras eram cultivadas até esgotar a capacidade produtiva, então o grupo se deslocava, seguindo um ciclo de rotação que a conduzia aos mesmos lugares (LOROI-Gourhar, André... [et al]. *Op. cit.*, p. 160).

¹¹⁸ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 70.

¹¹⁹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 27.

¹²⁰ Meio ambiente artificial é aquele transformado pela atividade humana (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*, p. 60). O art. 3º, I, da Lei 6.938, de 31.08.1981, define meio ambiente: *Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*.

à agricultura foi a primeira transformação da economia¹²¹. Lavrar e arrebancar proporcionou a divisão do trabalho e intercâmbio, além de obrigar a busca de novos métodos de uso de recursos naturais¹²².

O uso do solo era comum e pertencer ao grupo condição fundamental para a posse individual do solo. O grupamento baseava-se em laços de sangue, idioma e costumes¹²³, e não havia noção de propriedade. Ademais, proporcionava segurança.

Os grupos desenvolveram vida comunitária com identidades culturais e organização social. A identidade se desenvolveu para suprir dificuldades geradas pelo território, e era influenciada pelo grau de desenvolvimento tecnológico¹²⁴. Permanecer no grupo era condição de sobrevivência. O conhecimento transmitia-se por gesto e fala¹²⁵, e era seguro estar no grupo. A noção de identidade e pertença era tão importante na pré-história, quanto continua a ser. E pela mesma razão: conhecimento e segurança. Sem intervenção externa, a sensação de segurança era maior e decorria de uma rotina geradora de previsibilidade¹²⁶. Cada membro do grupo conhecia seu lugar na estrutura social, suas tarefas e direitos, e também tarefas e direitos dos demais. Havia entendimento compartilhado sobre a vida dos membros comunitários. A certeza de saber o que os demais pensavam e como agiam, e o fato da comunidade impor regras morais, religiosas e comportamentais, mantinha a coesão social e gerava segurança. Conforme Zygmunt Bauman, analisando o que denomina comunidade (se encaixa na noção de grupo aqui utilizada), o grupo se mantém coeso na medida em que difere¹²⁷ de outros grupos (é possível visualizar onde começa e termina); na medida em que é

¹²¹ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 70.

¹²² BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 29.

¹²³ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 37.

¹²⁴ O homem da pré-história desenvolveu técnicas resultantes de experiências coletivas, sendo o progresso técnico a somatória de experiências acumuladas (PROENÇA ROSA. Carlos Augusto de. **História da ciência**, vol. 1. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010. p. 31).

¹²⁵ PROENÇA ROSA, Carlos Augusto de. *Op. cit.*, p. 32.

¹²⁶ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 42. O Autor desenvolveu um estudo da modernidade. Aplicou-o, em duas obras. A primeira, chamada **As Consequências da Modernidade** (Trad. Raul Finkler. São Paulo: Unesp, 1991), e a segunda, citada. Na primeira, explica as consequências produzidas pela modernidade (dias atuais) nas relações do homem com o ambiente artificial produzido pelo homem. Na segunda, busca, pelo mesmo método, identificar as interferências da modernidade na intimidade e na formação da identidade do homem. Pela relevância da pesquisa, que encaixa-se na análise do fenômeno chamado consumo, o método desenvolvido pelo Autor é utilizado.

¹²⁷ Distinguir significa dividir entre *nós* e *eles*. Quando se faz uma distinção radical entre *nós* e *eles*, ela torna-se exaustiva e disjuntiva. Não se admite casos intermediários. A distinção subjetiva não admite ambiguidade. A noção de distinção é importante, quando da análise do conceito de consumidor, já que a doutrina finalista pretende utilizá-la de modo absoluto, e a doutrina do finalismo mitigado pretende utilizá-la e, ao mesmo tempo, pretende visualizar casos intermediários.

pequeno, a ponto de estar à vista de todos os membros¹²⁸, e na medida em que é autossuficiente, pois atende às necessidades dos integrantes¹²⁹. Esta noção pode ser percebida hodiernamente, em tribos de índios integrados à vida urbana. É o caso dos Kaingangue, Guarani e Xetá, que vivem na aldeia urbana Kakané Porã, em Campo do Santana, em Curitiba, PR¹³⁰.

Com a sedentarização aumentou a população. Até a metade do neolítico (10.000 a 5.000 a.C), a população decuplicou, passando de cinco a cinquenta milhões¹³¹. No final do neolítico (5.000 a 3.000 a.C), dobrou, atingindo cem milhões. Entre os anos 1.000 a.C e 1.000 d.C, ultrapassou duzentos e cinquenta milhões¹³². O intercâmbio teve papel importante no desenvolvimento humano, em decorrência das trocas de acordo com necessidades de cada grupo. Como havia diferentes equivalências dos produtos postos à troca¹³³, ascenderam economicamente grupos que os possuíam em abundância. Esta modalidade de intercâmbio – rudimentar espécie de exportação e importação – era uma, entre outras que ocorriam dentro do grupo. O excedente de produção sustentava outras camadas sociais¹³⁴, gerando diferença social e urbanização.

O excedente era o objeto de troca. Mas não se produzia para o excesso, e sim para atender necessidades grupais. Só se adotaria esta forma produtiva se houvesse procura constante¹³⁵, mas esta inexistia. Anota Karl Polanyi que este comércio se fundava na reciprocidade, pois o resultado de produção e trocas era coletivizado¹³⁶.

Povos antigos¹³⁷, como egípcios e mesopotâmicos foram pioneiros no

¹²⁸ Também Max Weber diferencia a cidade dos povoados. Para o Autor, o povoado possui como uma das características o conhecimento pessoal mútuo dos habitantes, enquanto a cidade, pela extensão, impede este mútuo conhecimento (**Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, vol. 2.** Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: UnB, 2004. p. 408.

¹²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. p. 17.

¹³⁰ Notícia sobre a aldeia urbana Kakané Porã foi veiculada pelo jornal Gazeta do Povo, em 30.04.2012, e pode ser consultada na seguinte página eletrônica: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1249483&tit=ndios-urbanos-tentam-manter-cultura>

¹³¹ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 90.

¹³² *Ibid.*, p. 91.

¹³³ EFING, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 21.

¹³⁴ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 94.

¹³⁵ HUBERMAN, Leo. *Op. cit.*, p. 18.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 69.

¹³⁷ Nesse trabalho, a análise da história antiga utilizará a nomenclatura povo, para designar as comunidades ou nações.

comércio, uso de moedas e de títulos ao portador¹³⁸, assim, importa analisar estes povos.

O Egito tratou-se, conforme Karl Polanyi, de civilização não simétrica, com economia fundada na redistribuição realizada por um poder centralizado, o faraó¹³⁹. O faraó fornecia alimentos a todos e era proprietário das terras, das quais as comunidades tinham posse direta. Trabalhadores recebiam parte da produção como pagamento¹⁴⁰, e a economia não era voltada ao comércio, sendo limitado o uso de metais como moeda. Predominava a economia natural¹⁴¹.

Com a escrita e a matemática, os egípcios aperfeiçoaram técnicas comerciais. Usavam contabilidade e escrituração, emitiam pedidos e recibos, escrituravam a propriedade, e usavam contrato escrito e testamento. Não cunhavam moedas, mas adotaram um padrão monetário, que eram argolas de cobre e ouro (o modelo moeda-argola é o mais antigo sistema de circulação através de padrão monetário¹⁴²). O comércio interno dava-se por trocas *in natura*. Apenas grandes transações utilizavam moedas-argola. Mas mesmo transações comerciais menores tinham por base a equivalência em ouro ou prata¹⁴³. Pontes de Miranda anota que em regiões ocupadas pelos egípcios descobriram-se tabuinhas de terracota e argila ou turfa, com escritos representativos de ouro ou prata. As tabuinhas serviriam como instrumento de troca ou compra, e circulavam ao portador¹⁴⁴. Se corretos os historiadores, foram as tabuinhas a primeira forma representativa de título de crédito. Os egípcios tinham como características a economia fundada na agricultura com centralização nas mãos do faraó, divisão social hierarquizada, mas não rígida, e comércio insipiente, mas praticado com uso de títulos ao portador e padrão monetário (moedas-argola).

A região dos Rios Tigre e Eufrates não foi ocupada por um único povo. Primeiro por sumérios e acádios (2800 a 2000 a.C.), depois, formou-se o Primeiro Império Babilônico (1800 a 1600 a.C.) e o Império Assírio (1875 a 612 a.C.). Em breve

¹³⁸ Explica Fran Martins (**Títulos de crédito**, vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 16) que títulos ao portador tratam-se de títulos de crédito em que não é expressamente mencionado o nome do beneficiário da prestação. Considera-se titular dos direitos incorporados no documento a pessoa que com ele se apresentar.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁰ Edward McNall Burns (*Op. cit.*, p. 89) anota que a diferença de padrão de vida entre as classes egípcias superiores e as inferiores era abissal, comparável à desigualdade social que se verifica hodiernamente, na Europa e na América.

¹⁴¹ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁴² BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁴³ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁴ **Tratado de direito privado, tomo XXXII**. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. p. 22.

período ressurgiram os babilônicos (Segundo Império – 612 a 539 a.C). Por fim, persas dominaram a região (539 a 331 a.C)¹⁴⁵.

A princípio, a terra não era propriedade do rei, nem comércio e indústria monopólios estatais¹⁴⁶. A economia baseava-se na agricultura, mas os mesopotâmicos comerciavam bem¹⁴⁷. Sumérios e acádios tinham ativo intercâmbio com países vizinhos. Usavam técnicas de negócios, como faturas, recibos e documentos assemelhados a notas promissórias e cartas de crédito, e as transações eram confirmadas por escrito, com testemunhas. Mercadores comissionavam os vendedores que empregavam. Nas transações maiores, usavam barras ou lingotes de ouro e prata, com pesos padrão (*shekels* ou *talentos*) e o *ciclo de prata* era unidade padrão de troca¹⁴⁸. O sistema de leis, compilado sob o nome de *Leis de Dungi*, apontava a preocupação com o comércio, principalmente ao estabelecer a *lei de talião*. O *Código de Hamurabi* é tido como uma revisão das *Leis de Dungi*¹⁴⁹.

No Segundo Império o comércio desenvolveu-se e foi regulamentado em minúcias. Bancos que recebiam depósitos pagavam juros fixos e emprestavam a juros mais elevados¹⁵⁰. Quem negociava por lucro gozava de posição social privilegiada. O *Código de Hamurabi* regulamentava empréstimos e juros¹⁵¹. Existiam leis concernentes à sociedade comercial, armazenamento e medição, e referentes a escrituras e testamentos¹⁵². Pontes de Miranda anota que os babilônios utilizavam de bilhetes à

¹⁴⁵ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁶ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 100.

¹⁴⁷ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁸ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 102.

¹⁵⁰ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁵¹ Constava no Código de Hamurabi, (Capítulo VII), que os historiadores identificam por letras (**Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos [livros oitavo e nono]: Lei das XII Tábuas**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2002. p. 19), p. ex.: *Art. L. Se um mercador emprestou grão com juros; ele tomará um 'gur' de grão [...] com juros. Se ele emprestou prata com juros, ele tomará um ciclo de prata com juros; 1/6 de ciclo e seis grãos. Art. M. Se um homem tem uma dívida e não tem prata para restituir, mas tem grão, o mercador tomará com juros o correspondente em grão de acordo com as prescrições do rei. Se o mercador exigiu como juros mais do que [...] por um 'gur' de grão ou 1/6 de ciclo e 6 grãos por um ciclo de prata, perderá tudo que emprestou. Art. N. Se um mercador emprestou a juros grão ou prata e se recebeu os juros [...] do grão e da prata se [...] grão ou prata [...]. Art. O. Se um mercador emprestou a juros grãos ou prata e não recebeu o capital, mas, recebeu os juros do grão ou da prata, e, ou não descontou o grão ou prata que recebeu e não redigiu um novo contrato ou adicionou os juros ao capital, esse mercador restituirá em dobro todo grão ou prata que tomou. Art. P. Se um mercador emprestou a juros grão ou prata e quando emprestou a juros ele deu a prata em peso pequeno ou grão em medida pequena e quando o recebeu ele quis receber a prata em peso grande ou grão em medida grande, esse mercador perderá tudo quanto houver emprestado. Art. Q. Se um mercador emprestou a juros, grão ou prata, sem testemunha ou contrato, ele perderá tudo o que tiver emprestado.*

¹⁵² BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 107.

ordem, cambiais e títulos de crédito¹⁵³. Nelson Abrão anota que povos antigos, a partir do século VI a.C., realizavam práticas bancárias, como empréstimo em dinheiro¹⁵⁴.

O primeiro registro de uso da moeda como quantidade igual de metal em peças padronizadas e identificadas por marcas ou símbolos, ocorreu na Lídia (560 a.C.), como Rei Creso¹⁵⁵. Os lídios fabricaram lingotes em *electro* – liga de ouro e prata – de tamanho e peso padronizados, em formato oval (como uma bala), próximo ao tamanho de um polegar¹⁵⁶. Estampavam um emblema gravado pelo Rei Creso¹⁵⁷, que dava autenticidade e permitia reconhecê-los e diferenciá-los em quantidade e valor.

A padronização facilitava transações comerciais por dispensar pesagem de lingotes e diminuía trapanças em relação à quantia de ouro e prata em uma troca¹⁵⁸. Através da moeda padrão desenvolveu-se o comércio, que conduziu ao varejo. Os lídios instalaram em Sardes um mercado onde se enfileiravam pequenas lojas, transformando trocas comerciais em comércio¹⁵⁹.

Os lídios conquistaram quase todas as cidades gregas da Ásia Menor¹⁶⁰. Foram derrotados pelos persas (Rei Ciro), em guerra nos anos de 547 a 546 a.C.¹⁶¹ Apesar da queda da Lídia, povos vizinhos adotaram o fabrico de moedas e uma revolução comercial ganhou espaço do Mediterrâneo, principalmente na Pérsia e Grécia¹⁶². Na Pérsia, foi adotado o *dárico*, moeda cunhada pelo Rei Dario I¹⁶³. Na Grécia, as cidades-estado passaram a cunhar moedas em ouro e prata¹⁶⁴.

No início a Grécia era agrícola e formada pelos genos (famílias compostas por parentes em linha reta). A propriedade era dos genos e não podia ser vendida ou transferida. Coletivo também era o trabalho. Quem se recusava a trabalhar era expulso.

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁴ **Direito bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.14.

¹⁵⁵ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 73. John Kenneth Galbraith (**Moeda: de onde veio, para onde foi**). 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Livraria Pioneira Ed., 1983. p. 08).

¹⁵⁶ Valiam o equivalente a dias de trabalho ou parte da colheita.

¹⁵⁷ A cabeça de um leão. Com a marca, a superfície da moeda ficava achatada, provavelmente iniciando a transição do formato oval para o achatado e circular que até hoje prevalece (WEATHERFORD, Jack. *A história do dinheiro*. Trad. June Camargo. São Paulo: Negócio Ed., 1999. p. 33).

¹⁵⁸ John Kenneth Galbraith (*Op. cit.*, p. 09), anota que era comum que empresários privados, depois da conclusão de uma transação, raspavam algumas micromiligramas das moedas. Com o tempo, conseguiam aumentar seus lucros, porque o metal, em si, tinha valor comercial.

¹⁵⁹ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶¹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁶² WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁶³ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁴ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 243.

Não havia diferenças econômicas e a produção era distribuída igualmente. A aquisição de escravos, mercadorias e a contratação de artífices ocorriam com o excedente agrícola. Os genos se apoiavam em coletivismo e igualdade¹⁶⁵, e desintegraram-se por dois motivos. A produção não acompanhou o aumento da população, havendo diminuição da renda. E o aumento da família dividiu as terras, o que afrouxou laços familiares e proporcionou o individualismo. Marcos, sebes e paliçadas indicavam a substituição da propriedade coletiva pela privada¹⁶⁶.

Os genos originaram as cidades-estado, pela necessidade de segurança. A acrópole era construída em local elevado e no entorno crescia uma cidade como sede de governo¹⁶⁷. Mas a economia continuava agrícola. Modificações só ocorreram quando, em Atenas, Sólon¹⁶⁸ estimulou o desenvolvimento comercial e industrial. Vieram artesãos estrangeiros (metecos) e realizou-se uma reforma econômica, dotando Atenas de padrão monetário fixo, sendo estabelecido um sistema de pesos e medidas¹⁶⁹. A elegibilidade para cargos públicos, restritos à aristocracia, passou a basear-se na riqueza em terras¹⁷⁰. O estado controlava economia e bancos e já havia especulação, açambarcamento de mercados, concorrência intensa e, em grau mínimo, propaganda¹⁷¹. A Grécia tornou-se o primeiro império não baseado na força¹⁷². Unificada, despontou como uma nova forma de civilização, um povo do comércio¹⁷³. Os trapezistas, banqueiros com serviços reclamados em vista do comércio e multiplicidade de relações financeiras, serviam de testemunhas nas convenções, guardavam dinheiro e escritos em depósito¹⁷⁴. Com o aprimoramento do comércio surgiram outras duas classes de banqueiros: os cambistas e os danistas. Estes concediam dinheiro em empréstimos, em regra para agricultura e comércio marítimo¹⁷⁵, mas não cobravam juros¹⁷⁶. Gregos

¹⁶⁵ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 125.

¹⁶⁷ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁸ Legislador que recebeu poderes especiais para fazer reformas legislativas

¹⁶⁹ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 147. E: WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁷¹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 244.

¹⁷² Apenas Esparta tornou-se hegemônica pelo militarismo, o que durou entre 404 e 387 a.C. (ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 163).

¹⁷³ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁷⁴ Na Grécia o banqueiro devia manter o dinheiro em depósito à disposição do depositante, sem poder usá-lo em proveito próprio (SOTO, Jesús Huerta de. **Moeda, crédito bancário e ciclos econômicos**. Trad. Nuno Carvalho. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012, p. 66).

¹⁷⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁶ SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 69.

distribuíam tabuinhas aos heliastas (juízes que ficavam na Praça Heliéia), por ocasião da investidura nas funções. O portador da tabuinha a exibia ao tesouro e recebia os emolumentos, sem a necessidade que o heliasta fosse o portador¹⁷⁷. A difusão da escrita¹⁷⁸ em muito auxiliou na adoção de títulos ao portador e práticas bancárias. Uma das consequências do uso do padrão monetário foi o passamento ao raciocínio abstrato, a partir da exigência da contagem e uso de números, bem como equiparação de coisas que nunca o haviam sido. Uma economia baseada no dinheiro exigiu a racionalização, capaz de originar novas ocupações intelectuais¹⁷⁹.

Em Roma, escrita e comércio eram difundidos¹⁸⁰. Roma era agropastoril no início, e mesmo com a expansão territorial, ainda tinha a agricultura como principal atividade. Só em 269 a.C. foi criado um padrão moeda¹⁸¹, de prata, chamada denário¹⁸². As conquistas produziam espólio, escravos e indenizações. As terras conquistadas eram repartidas entre romanos que participavam das campanhas militares. Impostos cobrados nas províncias geravam retorno do dinheiro que saía de Roma¹⁸³, mas a balança comercial ficou desequilibrada quando as conquistas tornaram-se mais caras que os espólios e indenizações conseguiam compensar¹⁸⁴, e também pelos excessos estatais. Inchado, o estado organizava e reorganizava a administração do império, criando novas camadas administrativas sem eliminar as anteriores, com aumento da tributação como primeira consequência.¹⁸⁵ Roma foi, talvez, o primeiro império a ruir pela economia¹⁸⁶. Com uma economia rural escravista, proprietários de terras sofriam pela escassez de escravos, com aquisição de custo elevado e pagamento de soldados para impedir fugas. O problema foi, em princípio, resolvido pelo arrendamento, através do qual os plebeus deviam sustentar-se trabalhando em pedaços de terra arrendados. Como pagamento

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 36.

¹⁷⁸ PROENÇA ROSA, Carlos Augusto de. *Op.cit.*, p. 110.

¹⁷⁹ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁰ ÁRIES, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada, vol. 1**. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 30.

¹⁸¹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 270.

¹⁸² WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁸³ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 228.

¹⁸⁴ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁸⁵ O *tributum capitis* era um tributo pago anualmente por todos com idade entre doze e sessenta e cinco anos. O *tributum soli* incidia sobre terras, florestas, plantações, navios, escravos, animais e outras propriedades móveis. No século III, criou-se o *indictio*, arrecadação especial de óleo, vinho, trigo, carne, couro e roupas, destinados ao exército. Havia, ainda, o *chrysargyron*, que incidia progressivamente sobre manufaturados e varejo. Quanto mais se produzia, mais se pagava (WEATHERFORD, Jack. *Ibid.*, p. 57).

¹⁸⁶ SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 77.

trabalhavam alguns dias por semana na terra do proprietário. Alguns escravos, inclusive, adquiriram o direito de cultivo, tornando-se colonos. Trabalhadores e colonos não eram livres, pois presos a terra pelo dever do trabalho. Pela lei romana, não podiam ser expulsos¹⁸⁷.

Com o declínio do império e as invasões bárbaras, as cidades deixaram de ser o centro da vida. A economia ruralizou-se. O latifúndio se tornou autossuficiente e era mais seguro. A vila era o centro da produção econômica e morada do latifundiário, produzindo praticamente tudo o que necessitava. Assim, o comércio diminuiu, obrigando o estado a majorar a tributação. Aliado a este problema, as invasões exigiam legionários para defesa das cidades. Sem dinheiro, o estado passou a emití-lo. Mas não havia produtos a adquirir. Quem tinha, aumentava os preços sem que houvesse, pelo estado, correspondente aumento dos salários. Era a inflação e, por ela, Roma definhou¹⁸⁸, apesar de Roma ter desenvolvido comércio próspero, pois produtos de todo o império para lá fluíam¹⁸⁹. O uso de títulos ao portador era comum. Pontes de Miranda cita os *tesserae annonariae* ou *frumentariae*, (bônus de alimentos entregues para a população) e os cartões de teatro (*tesserae theatrales*) e havia a cláusula *eive ad quem e ares pertinebit* (ao comprador e a quem pertença, damos ação), incluída em contratos de mútuo, que os tornavam títulos ao portador¹⁹⁰.

Os *argentarii* eram os banqueiros que tinham como atividade custodiar depósitos. O depositante podia ordenar ao banqueiro que fizesse pagamentos a terceiros. Para depósitos resgatáveis à vista, não se pagavam juros. Mas para os depósitos a prazo, sim, e o banqueiro era autorizado a usar o valor depositado segundo suas conveniências, durante um período fixado. Em contratos de mútuo, deviam-se juros ao banqueiro¹⁹¹. Veio então o cristianismo, que proibiu a usura. Conforme Jacques Le Goff¹⁹², não se deve confundir usura com juro. Aquela representava um conjunto de práticas proibidas por não gerar produção ou transformação material de bens. Caracterizava-se pela arrecadação de juros nas operações que não podiam dar-lhe lugar (operações em dinheiro). Não era vedada a cobrança de juro, só o usurário. Esta proibição e o retorno à

¹⁸⁷ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 283.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 284.

¹⁸⁹ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 40.

¹⁹¹ SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 73.

¹⁹² **A bolsa e a vida**. Trad. Rogério Silveira Muoio. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 16.

vida rural decorrente da queda de Roma gerou um período de estagnação econômica, o que cessaria com as Cruzadas.

2.2.1. Do escambo à moeda e da moeda ao crédito

A moeda nem sempre foi metal. Diversos povos adotaram como moeda uma série de diferentes bens¹⁹³. Mesmo depois do papel moeda, o uso de mercadorias como dinheiro não desapareceu¹⁹⁴. Hodiernamente, onde o papel moeda é escasso¹⁹⁵ ou proibido¹⁹⁶, ou em tempos de guerra¹⁹⁷, é usual o escambo. Também tem sido frequente a realização de feiras de economia solidária, que são locais onde há escambo e utiliza-se alguma espécie de indexador (moeda social). O crédito é obtido com a alienação de produtos ou prestação de serviços, e só pode ser utilizado para aquisição de produtos ou serviços ali ofertados¹⁹⁸. A troca é uma tendência ou propensão do ser humano, variando a motivação¹⁹⁹, que pode decorrer de um pensar em termos do que *nós* podemos fazer, refletindo um senso de identidade e reconhecimento de que objetivos de

¹⁹³ Conforme aponta Jack Weatherford (*Op. cit.*, p. 22), os astecas usavam sementes de cacau como dinheiro; os nativos de regiões da Índia usavam amêndoas; os guatemaltecos usavam milho; os antigos babilônicos e assírios usavam cevada; os mongóis tijolos de chá; os noruegueses utilizavam manteiga e, na época medieval bacalhau seco; nas Filipinas, Japão e Birmânia, eram utilizadas medidas padronizadas de arroz. Na China, África do Norte e Mediterrâneo, o sal em barras era utilizado. Adam Smith (*Op. cit.*, p. 82) aponta o mesmo fenômeno, anotando que em épocas primitivas o gado era utilizado como moeda. Na costa da Índia, eram usado um determinado tipo de concha. Na Escócia, pregos, que inclusive eram utilizados como forma de pagamento de salário.

¹⁹⁴ Na Romênia, conforme Jack Weatherford (*Ibid.*, p. 22), durante o governo de Nicolae Ceasescu, havia enorme suprimento de papel moeda sem praticamente valor algum. O governo exportava quase tudo o que era produzido no país, racionava alimentos (permitida consumo diário inferior a duas mil calorias) e a temperatura das casas e escritórios, durante o inverno, não poderia ser superior a treze graus Celsius. O dinheiro foi, então, substituído por cigarros (especialmente da marca Kent), que se tornou a moeda real da Romênia. Qualquer bem de consumo podia ser adquirido com cigarro.

¹⁹⁵ A BBC Brasil, através de sua página na rede de computadores, noticiou que a crise econômica na Europa fez ressurgir a prática do escambo, que se dá através da troca de produtos de segunda mão. Segundo a notícia, só na Espanha existem mais de seiscentas feiras de escambo. Antes da crise não passavam de algumas dezenas. A notícia, datada de 12.01.2012, pode ser acessada no seguinte endereço: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120119_escambo_espanha_ai.shtml

¹⁹⁶ É o caso das penitenciárias, onde a circulação de papel moeda é proibida (não significa que não ocorra) e o dinheiro é, em boa medida, substituído pelos cigarros e, mais recentemente, telefones celulares e créditos para telefones celulares.

¹⁹⁷ Comum na II Guerra Mundial soldados dos EUA trocaram com as populações locais cigarros pelos mais diversos gêneros alimentícios e bebidas alcoólicas.

¹⁹⁸ É o caso do clube de trocas do bairro da Pedreira, Santo Amaro, São Paulo, onde o indexador é denominado *bônus*, conforme o Estado de São Paulo. A notícia, datada de 16.03.2003, pode ser acessada no endereço eletrônico: <http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2003/not20030316p14525.htm>

¹⁹⁹ SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 101.

várias pessoas são interdependentes, podendo-se dar razão para Adam Smith²⁰⁰. É preciso, entretanto, atentar à ressalva de Karl Polanyi²⁰¹ de que esta propensão não sustenta o surgimento da economia de mercado que, em regra, estava submersa em relações sociais, e sua importância era mais condicionada do que condicionante.

Usar mercadorias como dinheiro apresentava a vantagem de que, além de trocá-las, podia-se consumi-las. Seu valor intrínseco é ser objeto de consumo ou troca. Entretanto, não possui valor fora de um contexto temporal, geográfico e cultural²⁰², pois é necessário que se saiba usá-la e que o acesso à mercadoria, na natureza, não seja muito fácil, para poder ser atrativa. Além da dependência do interesse pela mercadoria, há outro problema do escambo, que é a logística. Na antiguidade o transporte era lento, trabalhoso, arriscado e a realização do comércio, incerta. Por outro lado, os povos que utilizavam mercadorias como dinheiro não dependiam da atividade econômica para organizar-se. Karl Polanyi²⁰³ anota que o controle da economia por mercados é próprio de nossa época. O uso de mercadorias talvez fosse adequado só em virtude da possibilidade de poder ser consumida.

O metal como mercadoria de troca preponderante surgiu em decorrência das vantagens em relação a outros objetos. É durável e pode ser dividido ou fundido. Não pesa muito quando dividido, e é fácil seu transporte²⁰⁴. Não desaparece após o consumo. Pode ser utilizado como moeda, depois convertido em algo útil (uma ponta de lança) e voltar a ser moeda. Ademais, não há incerteza do interesse quanto à moeda, dado seu caráter liberatório e aceitação convencional como padrão de valor. Pode servir ao enriquecimento. O metal possui, enfim, as duas qualidades da moeda identificadas por Adam Smith: valor de uso e de troca²⁰⁵. Karl Polanyi²⁰⁶ aponta-lhe quatro finalidades: a) meio de troca; b) meio de pagamento; c) reserva ou acumulação de riqueza; e d) padrão de valor ou unidade de conta. Como meio de troca, serve de intermediária para trocas indiretas entre objetos quantificáveis. Como meio de pagamento, serve ao

²⁰⁰ *Op. cit.*, p 73.

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 65.

²⁰² Sequer o papel moeda se livra das condicionantes temporal, geográfica e cultural, mas é afetado pelas mesmas com menor intensidade.

²⁰³ *Op. cit.*, p. 62.

²⁰⁴ Os inconvenientes do transporte da moeda fizeram surgir o papel moeda, o que ocorreu através da emissão, por casas de custódia, de certificados de depósito, válidos como papel moeda (MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 51).

²⁰⁵ *Op. cit.*, p 85.

²⁰⁶ *A subsistência do homem*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 159.

cancelamento de uma obrigação quantificável²⁰⁷, mediante a entrega do respectivo montante. Como acumulação (entesouramento), serve de reserva para uso futuro ou como meio de obter poder, prestígio e influência, decorrentes da posse do tesouro. E como padrão de valor, representa emprego de uma determinada unidade física como referência em situações onde se necessite operações aritméticas para comparar objetos de diferentes espécies²⁰⁸.

Mas mesmo o metal apresentava dificuldades de transporte quando em grande quantidade. Paulatinamente se passou, assim, a ser utilizada a moeda-fidúcia, baseada na confiança, pois não lastreada²⁰⁹. O crédito é moeda fiduciária, admitindo que seja dada a terceiro uma ordem de pagamento, como ocorre com cheques e cartões.

O crédito, conforme Bruno Miragem²¹⁰, assume três sentidos: poder, bem e interesse. É poder quando representa um direito à prestação, subjetivamente exigível. É um bem, pois se equipara aos móveis, sendo negociável. E é interesse (ou finalidade) não patrimonial, como no caso dos contratos de limite, onde o crédito não é disponibilizado, mas há a promessa de que, havendo necessidade, estará disponível.

2.3. Cruzadas, Bancos e a Origem do Capitalismo

No século X, o sistema feudal estava em crise. O aumento da população gerou escassez de alimentos e outros produtos. Como o feudo sustentava-se sem grandes trocas externas, tornou-se limitada a capacidade de suprir senhores e servos. Como solução muitos senhores expulsavam servos pela prática das menores infrações, o que gerou marginalização e criminalidade. Quando a expulsão deixou de ser solução, optou-se pela transformação de servos em homens livres que se tornavam arrendatários das terras do feudo, firmando uma relação contratual²¹¹, ou optavam por trabalhar junto a oficinas dos mestres artesãos, por salário. A substituição do regime servil pelo

²⁰⁷ Conforme Bruno Miragem, nem todas as obrigações podem ser cumpridas pelo uso da moeda. Obrigações personalíssimas ou de restituição de bens tomados em comodato, p. ex. (MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: RT, 2013, p. 47).

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 159.

²⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 51.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

²¹¹ Uma espécie rudimentar de contrato de adesão, onde para tornar-se livre o servo deveria arrendar terras de seu senhor feudal, acatando as condições contratuais deste.

assalariado ou pelo arrendamento, usou o aumento populacional como solução²¹². Também as divisões e subdivisões dos feudos, provocadas pela sucessão levaram os senhores feudais a dar herança só ao filho mais velho. Os demais, de nascimento nobre, partiam em busca de oportunidades²¹³, o que levou a Igreja Católica a proclamar as chamadas Paz de Deus (proteção a agricultores, viajantes e mulheres) e Trégua de Deus (limitava a noventa os dias de combate, durante o ano). Mas eram soluções paliativas. A solução definitiva ao excesso populacional dos feudos²¹⁴ foram as cruzadas²¹⁵.

Parece haver consenso entre historiadores, de que as cruzadas originaram comércio de larga escala na Europa Medieval²¹⁶, espécie de pré-capitalismo. Reabriram as vias de troca do Mediterrâneo, fechadas pelos muçulmanos no século VIII, o que proporcionou o retorno da circulação de produtos orientais, além de produtos de saques oriundos das cruzadas e moedas de diversos países²¹⁷. O comércio era explorado por companhias mercantis formadas por associações de comerciantes, que compravam barcos e mercadorias e repartiam os lucros²¹⁸. Suprir os exércitos incrementou produção e comércio, pois para fornecer equipamentos aos cruzados as oficinas trabalhavam sem cessar. Sua instalação nos centros urbanos deveu-se à busca de proteção e facilidades de comércio. Eram os burgos²¹⁹, que abrigavam artesãos e que formaram as corporações de

²¹² Não foi só o aspecto econômico que transformou o servo em arrendatário. Segundo David Harvey (*Op. cit.*, p. 55), que cita Karl Marx, a desapossessão da massa da população do acesso aos meios de produção (a terra) é uma necessidade do mercado, e teria como motivo o desejo exploratório do capital (quem o detém). Não se concorda inteiramente. A insuficiência produtiva dos feudos (fome) motivou a expulsão de pessoas. Em período posterior transformaram-se servos em trabalhadores. Também não se pode olvidar que não havia, por parte dos senhores, interesse em aumentar a produtividade, ao menos enquanto valiam-se dos servos para produzirem (MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 330).

²¹³ Casamento vantajoso, prisão de um rico senhor para obter resgate, ou assaltos nas estradas.

²¹⁴ Até recentemente, a questão populacional esteve ligada à capacidade de guerrear. Finda a I Guerra Mundial (1914-1918), depois do armistício da Tríplice Aliança (Alemanha, Império Austro-Húngaro e Império Turco-Otomano, além da Itália, que em 1915 passou a apoiar a Tríplice Entente, formada por França, Reino Unido e Rússia e, a partir de 1917, também pelos EUA), em 1919, foi realizada, em Paris, a Conferência de Paz, que reuniu trinta e dois países, liderados por Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália e Japão para decidir sobre a reconstrução geopolítica do mundo. Uma das preocupações do Primeiro Ministro da França, Georges Benjamin Clemenceau, era ocupar áreas que serviam de defesas naturais contra a Alemanha, já que esta apresentava maiores índices de natalidade e população que a França. Fatores que davam à Alemanha poder bélico e deixavam a França sob ameaça. O Tratado de Versalhes, acatou boa parte as demandas francesas, e foi posteriormente utilizado como um dos motivos para a II Guerra Mundial. A história é relatada na obra de Margaret MacMillan (**Paz em Paris**. trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: Nova Fronteira, 2004).

²¹⁵ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 376.

²¹⁶ Leo Huberman (*Op. cit.*, p. 19), José Jobson de A. Arruda (*Op. cit.*, p. 375), Jack Weatherford (*Op. Cit.*, p. 68) e Edward McNall Burns (*Op. cit.*, p. 451).

²¹⁷ SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 78.

²¹⁸ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 11.

²¹⁹ SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **História geral**. São Paulo: Riedel, 2006. p. 112.

ofício. Para proteger seus interesses, os comerciantes organizavam-se em associações, ou *guildas*, e regulavam quantidade e qualidade dos produtos para de evitar concorrência²²⁰ e, mediante pagamento ao senhor feudal, obtinham proteção.

As cruzadas tornaram-se vetor comercial, inclusive para exércitos. A Ordem dos Cavaleiros Templários, autorizada pelos papas, adquiriu o direito de ser proprietária de terras conquistadas e ter espólio de guerra. Com as conquistas, a Ordem tornou-se proprietária de castelos e responsável pela segurança de portos católicos da Europa e Ásia. A Ordem oferecia dois serviços: guardar dinheiro e artigos de valor e transportá-los na rota Europa-Jerusalém²²¹. Assim, tornou-se uma das maiores casas do tesouro da Europa. Além da *guerra santa*, sua principal atividade era a financeira. Em seu auge, empregavam quase sete mil pessoas e possuíam oitocentos e setenta castelos e casas²²². Enfim, o aumento da população, que gerou exclusão e criminalidade e conduziu à percepção de que o sistema de trabalho era mais lucrativo que a servidão e o impacto do comércio, produziram definitiva transformação do sistema feudal²²³.

O incremento do comércio produziu rotas comerciais marítimas e fluviais²²⁴, pois o transporte terrestre era difícil, caro e perigoso²²⁵. Rubens Requião afirma que em virtude do comércio, algumas cidades obtiveram autonomia do poder

²²⁰ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 12.

²²¹ Um francês podia depositar dinheiro ou retirar a quantia de uma hipoteca feita pelos Templários em Paris, e receber o dinheiro, quando necessário, em Jerusalém. Mas, como pagavam, no destino, com moeda diferente daquela que haviam recebido na origem, podia haver redução do dinheiro entregue ao destinatário. (WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 70).

²²² *A história do dinheiro*. Trad. June Camargo. São Paulo: Negócio Ed., 1999. p. 70.

²²³ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 11.

²²⁴ Conforme aponta José Jobson de A. Arruda (*Ibid.*, p. 12): Três principais rotas comerciais surgiram. A do Mar Mediterrâneo, que ligava as cidades de Pisa, Florença, Veneza, Gênova, Amalfi e Bari a Constantinopla e outros portos menores; a de Champagne, que ligava a Itália a Flandres; e a dos Mares do Norte e Báltico, que ligava Flandres e Bruges com a Inglaterra, atingindo comunidades russas para além do Rio Dnieper. Esta última rota ligava-se com a cidade de Constantinopla. Formou-se, portanto, verdadeiro *anel comercial*, que tinha pontos fixos nas cidades em que estavam instalados os principais portos, para onde convergiam comerciantes de inúmeras nacionalidades, portando diferentes moedas.

²²⁵ Os mesmos problemas logísticos da antiguidade persistiam, e ainda persistem, conforme David Harvey (*Op. cit.*, p. 42): *A circulação do capital implica também movimento espacial. O dinheiro é reunido em alguma região e levado para um lugar especial para utilizar os recursos de trabalho que vêm de outro lugar. Depósito dinheiro em uma conta poupança no meu banco local em Baltimore, e o dinheiro acaba nas mãos de um empresário que construiu uma fábrica de metais em Dongguan, na China, e contrata trabalhadores migrantes do interior (principalmente jovens mulheres). Os meios de produção (incluindo as matérias-primas) têm de ser trazidos de mais de um lugar para produzir uma nova mercadoria que tem de ser levada a um mercado em outro lugar. Atritos ou barreiras a esse movimento espacial tomam tempo para ser negociados e diminuem a circulação. Ao longo da história do capitalismo muito esforço tem sido posto, portanto, na redução do atrito de distância e dos obstáculos à circulação. Inovações nos transportes e comunicações têm sido cruciais. Aumentar a abertura das fronteiras do Estado ao comércio e finanças, assinar acordos de livre-comércio e garantir bom enquadramento jurídico para o comércio internacional também são vistos como essenciais a longo prazo.*

político, em virtude da organização e força econômica das corporações de mercadores. O fenômeno ocorreu em cidades italianas (Veneza, Florença, Gênova, etc.) e em cidades da Alemanha (Hamburgo e Lübeck, etc). Na Alemanha, formou-se uma liga de cidades (*Hansa* – século XIV), que chegou a congregar quase oitenta cidades, de Bergen aos Países Baixos²²⁶. A formação de mercados permanentes, dentro das cidades, originou territórios neutros, onde havia a paz do mercado, que protegia estrangeiros e membros de outras religiões²²⁷. Leis nacionais²²⁸ e o direito internacional ofereciam proteção aos comerciantes²²⁹.

Até as cruzadas, a atividade comercial esteve ligada ao comércio de uso, à troca de mercadorias por outras mercadorias ou moeda (a não ser em alguns períodos, nas civilizações da antiguidade que embrionariamente tinham bancos), e a troca desta (a moeda) novamente por mercadorias. Não havia, ainda, o uso da moeda como mercadoria²³⁰. Com as cruzadas, tudo mudou. Cresceram as cidades, agora tomadas por comerciantes, clientes e trabalhadores, bem como a economia baseada na moeda, com a expansão do mercado, a difusão do espírito de lucro e do racionalismo econômico²³¹. As cruzadas marcaram o início da atividade bancária identificada como tal a partir da idade média, onde dinheiro passou a gerar dinheiro²³².

Foi nas cidades da Itália, conforme John Kenneth Galbraith, que a atividade bancária floresceu²³³. Famílias italianas não tinham problemas em lidar comercialmente com muçulmanos, tártaros e judeus pagãos, da mesma forma que lidavam com cristãos católicos e ortodoxos, pois não estavam ligadas a ordens religiosas. Assim, podiam mover-se pela ambição e busca de lucro²³⁴. No início, conforme Antônio Carlos Efig, estas pessoas operavam como cambistas, realizando a troca de moedas trazidas do estrangeiro, por moedas aceitas na cidade em que estavam instalados. Os cambistas atuavam no meio do mercado, sentados em bancos em frente a suas casas. Aguardavam

²²⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, vol. 1.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 09.

²²⁷ *Ibid.*, p. 10.

²²⁸ Rubens Requião (*Id.*) cita como exemplo a Lei 4ª, Título 7, das Leis das Sete Partidas, da Espanha, que assegurava a *todos los que vengan a las ferias de estes Reynos o a outro ponto de ellos em cualquier tiempo, sin distinción de cristianos, moros e judíos, serán salvos y seguros em sus personas, bienes y mercaderías, así em la avenida como em su estada y vuelta.*

²²⁹ SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p. 112.

²³⁰ Uma das mercadorias fictícias a que Karl Polanyi faz referência.

²³¹ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 386.

²³² SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 80.

²³³ *Op. cit.*, p. 20.

²³⁴ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 75.

os navios para realizar operações de câmbio. Também viajavam pela Europa e, como outros comerciantes itinerantes, montavam mesas e bancos nas feiras e portos, para realizar negócios²³⁵. Com o aumento do volume de negócios, passaram a atuar dentro de casas, que ficaram conhecidas como bancos²³⁶. O crescimento do comércio e do volume de negócios levou-os a conceder empréstimos e, aqueles que atuavam em várias cidades recebiam pagamentos por dívidas, a serem quitadas na seguinte cidade visitada²³⁷. Duas outras operações eram realizadas pelos banqueiros, os diferenciando dos banqueiros do passado²³⁸. O uso de títulos ao portador era prática comum, como a usura, condenada pela Igreja Católica²³⁹, mas disfarçada como ditos títulos, em especial a letra de câmbio.

A letra de câmbio surgiu da atividade cambiária. Mercadores, com receio de regressar à origem e viajar com grandes quantias de moedas, as depositavam junto aos banqueiros²⁴⁰. Além de moedas, mercadorias eram depositadas e o depositante recebia um comprovante de depósito. Os depósitos eram negociados pelos banqueiros, que posteriormente prestavam contas aos depositantes. Os comprovantes de depósito tinham característica de documentos expressivos de crédito concedido e negociável²⁴¹. Com a intensificação do comércio, a letra de câmbio passou a cumprir a finalidade de trocar a moeda presente pela ausente. Por não estar no lugar do pagamento, o banqueiro encaminhava o cliente a um terceiro com quem mantinha correspondência²⁴². Ou ainda, enviava uma carta ao seu correspondente, determinando que entregasse ao portador do documento, ou a seu representante, a importância designada²⁴³. Assim movimentava-se a moeda. A troca da moeda presente pela ausente se dava pelo *cambium per literas*, reduzido a escrito por um notário, onde havia promessa de pagar, e importava em

²³⁵ Daí a denominação banqueiros (*Idib.*, p. 75).

²³⁶ *Op. cit.*, p. 21.

²³⁷ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 76.

²³⁸ Conforme Fran Martins (*Op. cit.*, p. 28), os princípios que regulam a letra de câmbio já eram conhecidos entre os assírios, e também em Roma. Mas apenas na idade média é que começou a estruturar-se como instituto jurídico.

²³⁹ Conforme Jack Weatherford (*Op. cit.*, p. 76), existem duas passagens da Bíblia em que a Igreja Católica baseia a proibição da usura: *Não exijas dele nem interesse nem proveito, mas teme teu Deus... não lhe emprestará teu dinheiro a juros, e não lhe darás teus víveres com a intenção de tirar daí algum benefício* (Levítico, 25:36-37) e *... se ele emprestar com rebate ou cobrar juros: este tal não salvará sua vida. Se ele fez todas essas coisas abomináveis, morrerá e seu sangue ficará sobre ele* (Ezequiel, 18:13).

²⁴⁰ MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 29.

²⁴¹ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 22.

²⁴² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, vol. 2.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 307.

²⁴³ MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 29.

reconhecimento de débito por parte do banqueiro²⁴⁴. Posteriormente simplificou-se a operação e o documento passou a ser entregue pelo banqueiro ao depositante, passando a denominar-se *lettera di pagamento* ou *lettera di cambio*, pois se referia a uma troca de dinheiro, pressupondo depósito primitivo pelo depositante credor junto ao banqueiro. O pagamento ao sacador pelo sacado que aceitava o título ocorria porque o sacado reconhecia como seu o débito, assumindo a obrigação um caráter autônomo²⁴⁵. Neste período voltou-se à usura, que ainda era vedada pela Igreja.

A primeira forma de prática da usura, conforme Jesús Huerta de Soto²⁴⁶ deu-se pelo *depositum confessatum*. O *Corpus Iuris Civilis* estabelecia que, em caso de o depositário não devolver imediatamente o depósito à vista, respondia por *furto por apropriação indébita*, além de lhe ser imposto o pagamento de juros moratórios. Assim, quando tomava dinheiro emprestado (mútuo) o depositário declarava que havia realizado depósito monetário (de coisa fungível), o *depositum confessatum*, que nada mais era que uma simulação. Findo o prazo para a restituição do depósito, o suposto depositário não devolvia e, assim, era condenado ao pagamento de juros moratórios. A segunda foi o comércio de letras de câmbio. Um indivíduo que precisasse de dinheiro se dirigia ao banqueiro, que lhe dava o dinheiro necessário, ambos assinando a letra de câmbio, que era preenchida em quantia superior àquela efetivamente disponibilizada²⁴⁷.

A letra de câmbio possibilitou livrar o dinheiro das limitações espaciais²⁴⁸, como antes o dinheiro havia libertado as mercadorias do mesmo problema e como, na modernidade, os meios de comunicação de dados livraram os títulos de crédito de limitações espaciais e temporais. A usura, aliada aos depósitos de mercadorias com autorização para comercializá-las enriqueceu os banqueiros²⁴⁹. As letras de câmbio também serviram à multiplicação do dinheiro através da concessão de crédito com base em dinheiro que havia sido depositado ou em letras anteriormente emitidas²⁵⁰. O processo de multiplicação de dinheiro é bastante simples. Os depósitos realizados junto aos bancos estavam sujeitos a transferências a terceiros (empréstimos). A moeda em

²⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 307.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 308.

²⁴⁶ SOTO, Jesús Huerta de. *Op. cit.*, p. 83.

²⁴⁷ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 77.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 79.

²⁴⁹ John Kenneth Galbraith (*Op. cit.*, p. 20), anota que nem mesmo os Rothschilds ou J. Pierpoint Morgan conseguiram igualar os Medicis em grandiosidade.

²⁵⁰ WEATHERFORD, Jack. *Op. cit.*, p. 79

depósito servia como dinheiro por estar no banco, sujeita à transferência por anotação nos registros bancários. A transferência do depósito ocioso a um credor diferente do original gerava ao banco ganhos em juros, incidentes sobre o empréstimo. O depósito original continuava a crédito do depositante original, mas havia, agora, um depósito correspondente ao empréstimo. Ambos usados para pagamentos. O dinheiro era aparentemente criado²⁵¹.

O problema do sistema bancário residia no risco de que grande quantidade de depositantes ao mesmo tempo solicitasse ao banco a devolução depósitos. Dois episódios envolvendo este problema ocorreram com o Banco de Amsterdam. Em 1672, quando os exércitos de Luís XIV aproximavam-se de Amsterdam, mercadores que haviam feito depósitos no Banco cercaram-no e exigiram a devolução dos valores. Como o Banco não concedia empréstimos, o dinheiro foi devolvido. Muitos deles, certificando-se de que o dinheiro estava mesmo lá, não o sacaram. Já no final do século XVII, o Banco, que já concedia empréstimos, havia se tornado um grande credor da Companhia Holandesa das Índias Orientais, cujos lucros diminuía lentamente. A partir de 1780, por decorrência da guerra com a Inglaterra, navios holandeses passaram a ser afundados e os lucros da Companhia despencaram. Os pagamentos dos empréstimos ao Banco ocorriam cada vez mais espaçadamente. Quando os comerciantes tentaram reaver os depósitos, nem todo o dinheiro estava disponível. Parte estava fora dos cofres como empréstimos a cobrar. Em 1819, por não restituir os depósitos, o Banco de Amsterdam encerrou as atividades. Mas antes, havia levado comerciantes à bancarrota²⁵².

O sistema de depósitos e empréstimos bancários baseia-se no equilíbrio de valores, na honestidade do banqueiro e na confiança dos depositantes no banco, e destes nos tomadores de empréstimos. A crise financeira de 2008 nada mais foi que a constatação do desequilíbrio entre depósitos e empréstimos. Até mesmo Alan

²⁵¹ GALBRAITH, John Kenneth. *Op. cit.*, p. 21. A operação continua a mesma, em dias atuais, conforme anota Bruno Miragem (*Op. cit.*, p. 34): [...] *os recursos decorrentes de depósito à vista podem em parte ser destinados a empréstimos, trocando-se a existência de um passivo (obrigação de devolução do depósito à vista ao depositário) por um direito de crédito (torna-se credor do mutuário do crédito concedido). Como esses recursos transitam, como regra, por intermédio de sucessivos depósitos entre instituições do próprio sistema financeiro, criam-se sucessivos ciclos de criação de moeda [...]*

²⁵² GALBRAITH, John Kenneth. *Op. cit.*, p. 16.

Greenspan²⁵³ registrou o problema da grande disponibilidade de novos empréstimos²⁵⁴. A procura por financiamentos, em decorrência da impossibilidade de pagamento das parcelas, foi enorme. Por este motivo, os bancos passaram a exigir maiores taxas de juros. E, as dos empréstimos anteriores, pós-fixadas, também começaram a subir. A solução era vender os imóveis. Mas o preço, já no final de 2007 estava tão baixo, que a venda – quando era encontrado um comprador – se dava por valor insuficiente para pagar os débitos. As prestações, tanto do imóvel do cidadão, quanto dos adquiridos, continuavam a vencer. Os bancos retomaram grande quantidade de imóveis²⁵⁵, mas não conseguiram revendê-los, ficando sem liquidez. Milhares de pessoas que assim haviam operado, além de tornarem-se inadimplentes, deixaram de consumir, estagnando o mercado. Ademais, os empréstimos haviam sido transformados em títulos negociáveis, que perderam o valor. O valor dos títulos decorrida do valor dos imóveis, que na verdade não era alto. Em virtude da inadimplência, mesmo bancos que ainda podiam, não concediam empréstimos por medo de não receber e as pessoas que tinham acesso ao crédito, optavam por não tomá-lo, pois bancos dispostos a emprestar exigiam altas taxas de juros. A crise de falta de liquidez que atingiu os bancos se espalhou a outros setores, como indústrias de automóvel. Foi necessária forte intervenção do estado, emprestando dinheiro a bancos e indústrias, para que o ciclo do consumo se reiniciasse. O problema de fundo da crise, conforme Luc Ferry, é que houve, a partir da década de 1980, bipolarização entre trabalhadores com elevada formação e altos salários, e uma massa de trabalhadores com baixa remuneração, com o achatamento da classe média²⁵⁶, que entre 1950 até 1980, impulsionou o consumo. O enfraquecimento da classe média endividou as famílias. Não mais os salários sustentavam o consumo, mas o crédito²⁵⁷.

Confiança é base do crédito. Rubens Requião afirma que o crédito importa

²⁵³ Alan Greenspan que, em 2004, encorajou a contratação de hipotecas com taxas de juros ajustáveis, pois havia reduzido os juros a 1% em 2003. Quando as taxas de juros subiram para 5,25% em 2006, quem tinha contratado com juros variáveis, acabou tendo que arcar com prestações altíssimas, o que gerou a inadimplência, que por sua vez gerou a crise em 2008. A denúncia é feita por Joseph E. Stiglitz (**O mundo em queda livre**. Trad. José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 147).

²⁵⁴ **A era da turbulência: capítulo especial – epílogo sobre a crise americana**. Trad. Afonso Celso da Cunha Será. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 15.

²⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 08.

²⁵⁶ O mesmo problema é apontado por Robert B. Reich (*Op. cit.*, p. 13).

²⁵⁷ **Diante da crise**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 13.

em um ato de fé, de confiança, do credor²⁵⁸. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁵⁹ coloca-a como um dos elementos que fundamentam a boa-fé objetiva, enquanto Roberto Senise Lisboa anota que ambas complementam-se²⁶⁰.

A prática de emissão de notas e as constantes crises quando os bancos tinham que resgatá-las sem ter condições de fazê-lo não foram incomuns. Como anota John Kenneth Galbraith, o milagre da criação da moeda era contrabalançado por seu súbito desaparecimento. Mas depressão e pânico eram esquecidos até um novo ciclo de euforia²⁶¹. É o caso da Companhia dos Mares do Sul, na Inglaterra, cuja derrocada originou o *Royal Exchange and London Assurance Corporation Act*, ou *Bubble Act* – lei da bolha –, que proibiu por mais de um século esta forma de atividade, tendo vigorado até 1825²⁶². Martin Wolf observa que a economia (o Autor trata dos EUA) funda-se sobre uma pirâmide de promessas²⁶³, mas que sua base está alicerçada sobre ativos reais, a produção, ou capacidade de pessoas e empresas em cumprir o que prometeram²⁶⁴. Para compreender como crédito e confiança tornaram-se imprescindíveis é preciso verificar a forma pela qual o sistema capitalista se robusteceu.

2.4. Da Revolução Industrial à Sociedade de Consumo

Entre 1400 a 1700 d.C, a civilização atravessou a revolução comercial,

²⁵⁸ *Op. cit.*, p. 291. Da mesma opinião são Fran Martins (*Op. cit.*, p. 03), Waldirio Bulgarelli (**Títulos de crédito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 21) e Arnaldo Rizzardo (**Contratos de crédito bancário**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 19).

²⁵⁹ **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. Também Judith Martins-Costa (**A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000).

²⁶⁰ **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 147.

²⁶¹ *Op. cit.*, p. 16.

²⁶² O Bubble Act: [...] *an act to restrain the extravagant and unwarrantable practice of raising money by voluntary subscriptions of carrying on projects dangerous to the trade and subjects of this Kingdom*. (*Ibid.*, p. 36).

²⁶³ Tratando do comércio de ativos, anota o Autor (**A reconstrução do sistema financeiro global**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 13): *Essa enorme montanha de ativos financeiros em rápido crescimento representa recibos de promessas a serem cumpridas no futuro, em geral contingentes, em troca de pagamentos efetuados no presente. Os títulos de dívida prometem pagamentos fixos a intervalos regulares; as ações prometem participação no lucro das empresas; os fundos de pensão prometem um fluxo de renda na aposentadoria; as apólices de seguro de vida prometem pagamento de determinada importância depois de certa data ou na hipótese de morte; e as apólices de seguro-acidente ou de segundo-saúde prometem indenização de certa importância na ocorrência de evento futuro. À medida que se torna cada vez mais complexo, o sistema financeiro empilha promessas em cima de promessas. Os fundos de investimento prometem remunerar os investidores com os rendimentos das promessas das empresas que compõem seus portfólios; as opções são promessas de entregar ao promissário o direito a certas promessas sob determinadas condições.*

²⁶⁴ No mesmo sentido a opinião de Luc Ferry (*Op. cit.*, p. 15).

caracterizada por um capitalismo dominado por banqueiros, comerciantes e armadores de navios²⁶⁵. Foi o período dos descobrimentos, do ouro e prata americanos. A oferta de metais para cunhagem de moedas elevou os preços, sem haver elevação de salários. Entre 1673 e 1682, os preços eram três vezes e meia superiores ao período pré-descobertas, e os salários duas vezes. A inflação exerceu efeito profundo sobre a distribuição de renda. Puniu os pobres e enriqueceu empregadores²⁶⁶.

A revolução comercial, entretanto, não era um mercado livre. Havia regulamentação do estado, facilitada pelo comércio permanecer submerso em relações sociais gerais, pois os mercados eram um aspecto acessório de uma estrutura institucional controlada²⁶⁷. Por outro lado, a revolução comercial possibilitou acúmulo de dinheiro e, além deste, outro fator que gerou a revolução industrial se apresentava em abundância: trabalhadores. No início do século XIX, a população atingiu um bilhão de pessoas²⁶⁸. A revolução comercial possibilitou acesso a maior quantidade de alimentos, diminuiu taxas de mortalidade e aumentou as de natalidade²⁶⁹. A revolução agrícola (séculos XI e XIII) gerou excedente de alimentos que, usado no comércio, foi um propulsor da revolução comercial²⁷⁰. Na Inglaterra, em 1850 a população urbana representava 51% do total²⁷¹. Havia mais gente que dependia da produção de excedente alimentar, do que a produzi-lo. Consumidores para os produtos manufaturados²⁷².

Em 1790, o mercado externo propiciava a entrada de capital na Inglaterra, originado do tráfico de escravos e comércio com colônias e outros países. O capital era utilizado para realizar obras de infraestrutura²⁷³, e para financiar a produção. Na

²⁶⁵ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 89.

²⁶⁶ GALBRAITH, John Kenneth. *Op. cit.*, p. 12.

²⁶⁷ POLANYI, Karl. *Op. cit.*, p. 88.

²⁶⁸ Os números foram consultados no sítio da Revista Época, no endereço eletrônico: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI238256-17445,00.html>

²⁶⁹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 627.

²⁷⁰ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *Op. cit.*, p. 332.

²⁷¹ HOBBSAWN, Eric J. **A era do capital**. 3. ed. Trad. Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 185.

²⁷² BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 90.

²⁷³ O desenvolvimento da infra-estrutura, principalmente em relação ao transporte de mercadorias, foi um importante fator de alavancagem da produção industrial, na medida em que propiciava que a mercadoria chegasse ao destino mais expeditamente, e com custo baixo (FREIDEN, Jeffrey A. **Capitalismo global: história econômica e política do século XX**. Trad. Vivian Mannheimer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 21). Milton Santos anota que a integração do espaço pelo transporte é essencial ao capitalismo, pois a minimização das distâncias estimula a especialização agrícola e a difusão do consumo. O problema apontado é de que a troca inter-regional traz como consequência a expansão do nexos monetário e tende a gerar concentração do capital (**Economia espacial**. 2. ed. Trad. Maria Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Edusp, 2007. p. 25).

Inglaterra havia mais de quatrocentos bancos, o que proporcionava crédito a juros baixos para o empresariado²⁷⁴.

Na revolução industrial, o desapossamento dos trabalhadores dos meios de produção era importante, dada a necessidade de trabalhadores para as fábricas. Assim, o liberalismo veio a calhar, já que reconhecia e legitimava a propriedade privada sobre a terra e exigia que o estado garantisse sua manutenção²⁷⁵. Conforme Celso Furtado²⁷⁶, a lei do valor (ou teoria do valor-trabalho) surgiu como decorrência da doutrina do direito natural, que legitimava a propriedade pelo trabalho. Adam Smith a utilizou para fundamentar a teoria dos preços²⁷⁷ e Karl Marx a teoria da mais-valia. Afirma que o trabalho realizado para si mesmo e o trabalho realizado para terceiros tendo como contrapartida o salário, em princípio, não se altera. Ou seja, a feitura de uma bota para si ou para o empregador não se altera, vale dizer, exige a mesma quantidade de trabalho²⁷⁸. Entretanto, quando o trabalho (mercadoria fictícia), ou melhor, a força de trabalho é adquirida pelo empregador mediante remuneração, o resultado do trabalho (produto) é propriedade do empregador. Através do pagamento do salário, o trabalho passou a estar incorporado (ou ser elemento constitutivo) do produto, torna-se, pois, insumo do produto. E, como insumo (coisa ou bem) possui valor negocial. Assim, o trabalho passou a ser remunerado como custo de produção e não como capacidade criadora de valor²⁷⁹. A mais-valia surge em virtude de que o trabalho, sendo mercadoria, passou a ser precificado pela lógica da oferta e procura. A força de trabalho remunerada não é aquela efetivamente aplicada nos produtos. O parâmetro salarial é estabelecido pela disposição de pagamento e aceitação. Para chegar a esta forma de organização do trabalho contribuíram as teorias naturalistas e liberalistas.

²⁷⁴ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 108.

²⁷⁵ Fernand Braudel. *Op. cit.*, p. 47.

²⁷⁶ **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 38.

²⁷⁷ Pela teoria do valor-trabalho, o valor de uma mercadoria seria determinado pela quantidade total de trabalho que é necessário para produzi-la. Assim, mercadorias que exigem quantidades de tempo trabalhado aproximadas, deveriam ter valor de venda aproximado. Adam Smith (*Op. cit.*, p. 88) sustenta que nem sempre há esta correlação, dado que não é só o tempo gasto que determinará o valor da mercadoria. Existem vários tipos de trabalho, com diferenças de dificuldade e engenho empregados. Pode haver, segundo o Autor, mais trabalho em uma tarefa difícil, que dura uma hora, do que em uma tarefa fácil, que dura duas. Ademais, pode haver mais trabalho em uma hora de aplicação, mas que exigiu anos de aprendizado, do que o trabalho de um mês em uma tarefa corriqueira, de fácil aprendizado. Além disso, o Autor ressalta que o trabalho é um elemento abstrato, pois o que se comercializa são as mercadorias. Assim, é mais fácil ao adquirente compreender qual é a quantidade de mercadoria, do que a quantidade de trabalho empreendida em sua manufatura.

²⁷⁸ **O capital, v. I**. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 303.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 312.

Thomas Hobbes, afirma que é necessária alguma espécie de poder coercitivo para que os homens sejam obrigados a cumprir seus pactos, e que a sanção deve ser maior que o proveito obtido pelo descumprimento. A sanção deve fortalecer a noção de propriedade. Onde há propriedade deve haver estado, pois só um poder capaz de obrigar os homens a cumprir os contratos e respeitar os direitos dos demais, pode garantir a propriedade²⁸⁰. Thomas Hobbes não defende deliberadamente o cumprimento dos pactos, agindo de maneira subserviente aos interesses do capital, ou especificamente ao interesse de algum capitalista. Conforme Michel Villey, Thomas Hobbes foi o primeiro Autor que, de forma explícita, defendeu direitos do homem. O fez num contexto onde as teorias jurídicas eram as de direito do homem derivado da natureza ou de Deus. Para Thomas Hobbes, a liberdade é o direito humano por excelência, quando se encontra em estado de natureza. Neste estado, nenhuma lei o obriga ou reprime. O direito natural é absoluto, o que autoriza o homem a usar seu poder como bem entende, para preservar sua própria natureza, vale dizer, a vida. Conforme Norberto Bobbio, o direito à vida era o único direito natural absoluto do homem²⁸¹. Na ausência de uma lei comum, a liberdade só é limitada pela razão subjetiva do indivíduo²⁸². Este direito, segundo o Thomas Hobbes, pertence a todos os homens²⁸³.

As consequências da teoria de Thomas Hobbes não poderiam, naquele momento histórico, destoar dos valores liberais. A liberdade de cada indivíduo, quando em sociedade, resultaria na guerra perpétua de todos contra todos. Insegurança, medo e miséria seriam consequências imediatas do direito do homem. Thomas Hobbes, então, apresenta a razão como remédio ao problema que o direito do homem cria. A razão levaria ao desejo de sair do estado de guerra e fazer a paz. O meio mais apto a criar a paz seria o contrato, e a razão faria o homem manter suas promessas, ainda que sacrificando a liberdade em favor de um poder soberano. E o soberano, por sua vez, redistribuiria parcelas de liberdades para que os súditos pudessem coexistir. Aí a noção de propriedade em Thomas Hobbes. Para que a economia progredisse, o soberano

²⁸⁰ **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 52.

²⁸¹ **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 32.

²⁸² Para Thomas Hobbes, ainda que influenciado pelo cartesianismo, conforme anota António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Op. cit.*, p. 219), a razão tinha, ainda, papel secundário. O primeiro bem humano a proteger era a automanutenção (autointeresse), daí a razão da guerra de todos contra todos.

²⁸³ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

reconhecia e fazia cumprir as promessas de cada particular, dando *força de lei* à autonomia da vontade.

Seguindo a teoria do Thomas Hobbes, mas alterando-a em pontos cruciais, John Locke afirma que todos os homens nasceram iguais e livres, mas o direito do homem também existia em relação a coisas. O homem tinha direito à propriedade, cabendo-lhe inicialmente a propriedade de si mesmo. O resultado do trabalho era propriedade de quem trabalhou e produziu, o que ocorria em virtude da transformação de algo dado pela natureza, em transformado pela ação humana, e tornava o homem proprietário daquilo que havia retirado da natureza (bem comum) e transformado pelo esforço de seu corpo (bem privado)²⁸⁴. Ao defender que o homem é proprietário dos frutos de seu trabalho John Locke prestou grande serviço à revolução industrial, pois criou a teoria do valor-trabalho. Ademais, esta noção de propriedade também legitima a transmissão pela sucessão. Transformada a natureza que, desta forma, torna-se propriedade, é possível seu acúmulo. Quanto mais da natureza se transforma, mais propriedade o homem, trabalhando durante diversas gerações, terá. A noção de propriedade como direito natural legitima a paz. Se cada homem é proprietário de parcela da natureza e a pode transformar, não há mais espaço para a guerra. O contrato social instituiu uma polícia e uma força política cujo papel é assegurar a propriedade²⁸⁵.

Como consequência da teoria de John Locke, tem-se o direito de guarda dos frutos do trabalho e da herança, a justificação da propriedade e a diferenciação de classes sociais. O trabalho faz os ricos, a preguiça, os pobres. Se a polícia e a política se prestam para a defesa da propriedade, só quem tem propriedade goza destes préstimos. Daí Michel Villey, reproduzindo crítica de Karl Marx, afirmar que os direitos do homem são formais, e não para todos. Destruíram a monarquia e a substituíram pela

²⁸⁴ Anotou John Locke (**Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 98): *Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade.*

²⁸⁵ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 157.

oligarquia, dando à classe burguesa a dominação da política através da economia²⁸⁶.

Jean-Jacques Rousseau não atribuía ao homem uma liberdade absoluta. Utilizava a mesma metáfora do homem natural, mas atribui ao homem o amor por si e por seu semelhante (piedade). O homem natural, antes de usar a razão, praticaria atos para preservar a si, mas não através da guerra, pois também seria orientado de um sentimento de piedade, de repugnância natural por ver padecer qualquer outro ser sensível²⁸⁷. Ao atribuir ao homem o amor por si e a piedade por outros seres, Jean-Jacques Rousseau nega Thomas Hobbes e John Locke, afirmando que as características de agressividade natural, ou de sociabilidade natural (reconhecimento da propriedade própria e alheia de John Locke), são características próprias da civilização. A crítica do Autor, portanto, é a de que tanto Thomas Hobbes, quanto John Locke negam as dimensões social e histórica do homem, colocando no homem natural características próprias da civilização.

A socialização do homem, para Jean-Jacques Rousseau, é que geraria um pacto legítimo capaz de produzir uma sociedade que respeite e aprimore o indivíduo. A legitimidade do exercício do poder residiria na convenção estabelecida entre os membros do corpo político. Aceitar restrições à liberdade e assumir a obrigação de respeitá-las derivaria da manifestação de vontade. O contrato, para Jean-Jacques Rousseau, é a única base legítima para uma sociedade que deseja viver de acordo com os princípios da liberdade. Se todos estão unidos pelo contrato, cada membro é cidadão e súdito ao mesmo tempo. Unido a todos os homens, o homem conserva sua liberdade. A cidadania possibilita a participação na confecção das leis, como a submissão obriga o respeito e cumprimento das leis. Jean-Jacques Rousseau integra a razão de Thomas Hobbes ao indivíduo. Socializado, passa a ligar seu eu individual ao eu comum, ou seja, o interesse particular ao geral. A teoria de Jean-Jacques Rousseau funda-se na possibilidade de que cada cidadão possa participar do processo político de tomada de decisões. Rejeitava a representação política, admitindo-a apenas no caso de proposição. Tinha receio (com razão) de que a degeneração dos governantes tende a transformar

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ HAUSER, Ester Eliana. **O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau**. In. Introdução à História do Pensamento Político. Org. Antonio Carlos Wolkmer. São Paulo: Renovar, 2003. p. 171.

interesses particulares em coletivos²⁸⁸. Aceitar ou não as leis propostas, para Jean-Jacques Rousseau, seria atividade política dos cidadãos. O governante estaria posto para defender a liberdade da população, e não para dominá-la²⁸⁹.

A eficácia do ideal político de Jean-Jacques Rousseau dependia de uma homogeneidade de condições materiais. Neste aspecto, há certa desvinculação do pensamento liberal, pois a liberdade não se fundaria em interesses particulares, mas na vontade geral. Jean-Jacques Rousseau preconizava oposição entre liberdade individual e geral, posição que se refletiu sobre sua noção de propriedade. A posse poderia ser adquirida pela força. A propriedade, somente através de título, razão pela qual merecia proteção do estado²⁹⁰. Todavia, enxergar na natureza do homem um sentimento que o faz pensar-se como parte de um todo, abdicando do interesse particular em prol de um *bem maior*, apresenta o risco de conduzir ao totalitarismo. Não ao totalitarismo do soberano, mas da lei, que se fundava no positivismo e na noção de poder prever por completo os fatos, conforme Gustavo Zagrebelsky²⁹¹.

Praticamente na mesma época de Jean-Jacques Rousseau, Adam Smith aprofundou a questão da propriedade sobre si, atestando que a propriedade que merece proteção não se resume a terra. Também considera propriedade a força de trabalho (força e destreza das mãos). O estado deve proteger a força de trabalho²⁹² e deve dar liberdade para ser usada como o proprietário (o trabalhador) bem entender. Interferir neste uso significaria interferir na propriedade, e julgar se o trabalhador é, ou não, apto para trabalhar, é uma função que, segundo o Autor, pode ser confiada ao empregador. Segundo o Autor, o receio, por parte do legislador, de que o empregador contrate

²⁸⁸ Esta transformação de interesses particulares em coletivos ainda ocorre, e é percebida por Alfonso de Julios-Campuzano, para quem o estado, na definição de seus programas de política econômica e assistencial, sofre a influência (nem sempre boa) de uma constelação de foros, instâncias e organismos econômicos internacionais, que ditam pautas, estabelecem medidas e promulgam resoluções que ordenam a atividade econômica dos mercados, dentro e fora dos estados, limitando-os em suas atividades (*Op. cit.*, p. 85).

²⁸⁹ HAUSER, Ester Eliana. *Op. cit.*, p. 178.

²⁹⁰ **Contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002. p. 30.

²⁹¹ *A revolução em França encerra o ciclo aberto com a derrota originária de Antígona. O direito tornou-se lei única e a lei poder único. Poder justificado racionalmente, algumas vezes; mas sempre poder, perante o qual há apenas súbditos. Um poder, aliás, tanto mais absoluto quanto mais (pretensamente) racional. Com a ideologia rousseauiana da lei como vontade geral, Creonte, e com ele o absolutismo no direito, venceu a sua batalha.* (Discurso intitulado **A Lei, o Direito e a Constituição**, proferido no XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal, em novembro de 2003).

²⁹² O que significa, segundo David Harvey, destinar alguns cuidados à população trabalhadora para manter hígido o “exército industrial de reserva” (*Op. cit.*, p. 55).

trabalhadores inadequados seria medida impertinente e opressiva²⁹³.

John Stuart Mill explica a propriedade a partir da ocupação de uma porção de terra por uma comunidade que a divide de forma isonômica, concedendo mais área para quem tem menor capacidade de produção. Feita a divisão, cada pessoa pode utilizar ou dispor da terra. Este reconhecimento legitimava o primeiro ocupante (ou descendentes deste), e o estado trataria como agressor quem tentasse privar o proprietário da propriedade, preservando a paz e garantindo proteção do objeto da propriedade²⁹⁴. Nítida, pois, a noção de que eram legítimas e absolutas a propriedade privada e a manifestação da vontade. Duas construções teóricas que propiciaram o desenvolvimento da sociedade onde a revolução industrial fundou-se.

No início, a quantidade de trabalhadores era grande. Como o direito sobre a propriedade era absoluto e o desenvolvimento da técnica exigia menor quantidade de pessoas no campo, houve êxodo para centros urbanos²⁹⁵ onde fábricas precisavam de empregados²⁹⁶. Nas indústrias, o uso de máquinas e a divisão das atividades, tornando-as repetitivas, provocou redução dos salários e dos rendimentos familiares²⁹⁷. Serviu à acumulação de riqueza, na medida em que o resultado de cada uma das atividades torna-

²⁹³ SMITH, Adam. *Op. cit.*, p. 99.

²⁹⁴ **Princípios de economia política, vol. I.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 261.

²⁹⁵ O êxodo rural não fundou-se somente na falta de trabalho. Conforme Luc Ferry (*Op. cit.*, p. 51), jovens que habitavam comunidades rurais (tradicional, religiosas e com alto índice de intervenção na vida privada) deixavam as comunidades em busca de dupla liberdade: anonimato e salário. Indo às cidades, escapavam do controle social e religioso, e obtinham autonomia material. Houve a emancipação do indivíduo em relação aos costumes, tradições e religião. O fenômeno foi registrado por Norbert Elias (**A sociedade dos indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 102) e Zygmunt Bauman (*Op. cit.*, p. 31). Do mesmo modo, e indicando que a saída do meio rural e tradicional para a urbe por vezes (ainda) é necessária, Jeffrey Sachs (**O fim da pobreza**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 38) relata o caso de Bangladesh, onde mulheres deixam a vida rural para trabalhar, subempregadas, em fábricas. Apesar das dificuldades, segundo o Autor, o trabalho assalariado foi a primeira (e grande) oportunidade para que essas mulheres rompessem laços de uma sociedade patriarcal e opressora. O mesmo fenômeno, mas sem o trabalho assalariado, e sim através do microcrédito, ocorreu na mesma Bangladesh, pela iniciativa de Muhammad Yunus, que a narra na obra: **O banqueiro dos pobres**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Ática, 2000, p. 120.

²⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 14.

²⁹⁷ Conforme anota Leo Huberman (*Op. cit.*, p. 104), que cita William Petty (economista do século XVII): *A fabricação da roupa deve ficar mais barata quando um carda, outro fia, outro tece, outro puxa, outro alinha, outro passa e empacota, do que quando todas as operações mencionadas são canhestramente executadas por uma só mão. Quando se emprega um grande número de pessoas para um determinado produto, é possível a divisão do trabalho, destinando a cada trabalhador uma específica tarefa, executada repetidamente. E em consequência, o trabalhador especializa-se. O tempo é poupado, e a produção acelerada.*

²⁹⁷ *Op. cit.*, p. 69.

se mercadoria²⁹⁸. Revoltas foram inevitáveis²⁹⁹ e a diminuição da renda obrigou os trabalhadores a organizarem-se³⁰⁰. O fenômeno agravou-se com a melhora tecnológica, com máquinas que operavam sem trabalhadores. Mas o grande acúmulo do capital devia-se à exploração do trabalhador³⁰¹.

Havia desigualdade social entre capitalistas e proletariado³⁰², mas não se pode afirmar que o estado não se preocupava com a população. Em França, conforme Robert Castel³⁰³, havia preocupação em atender os trabalhadores, mas as formas de auxílio também eram influenciadas pela ideologia liberal, o que significava propiciar condições de que o mercado oferecesse postos de trabalho, demolindo o sistema das comunidades ou corporações de ofício, e abolindo regulamentações protecionistas que evitavam a livre circulação de trabalhadores e riqueza³⁰⁴, ou seja, não interferia na atividade econômica, para que surgisse trabalho da iniciativa dos produtores.

Neste contexto, o uso dos contratos ganhou destacada importância, pois se fundaram na premissa de que todos eram iguais perante a lei, que o homem era proprietário de si e de que a vontade livre, uma vez manifestada, obrigava o contratante de maneira absoluta. A situação econômica, a seu turno, não dava escolhas aos trabalhadores, a quem não sobrava outra opção, senão submeter-se aos termos contratuais do empregador. Esta concepção do contrato, segundo Teresa Negreiros, foi o instituto que melhor retratou os valores do liberalismo, concebido para reduzir o

²⁹⁸ SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 192.

²⁹⁹ O primeiro sindicato nacional, na Inglaterra, data da segunda metade do século XVIII. (SÜSSEKIND, Arnaldo... [et. al.]. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 34).

³⁰⁰ ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*, p. 112.

³⁰¹ Era nítida a dicotomia de duas classes sociais. De um lado, a classe burguesa, detentora do capital, de outro, o proletariado, que como anota Edward MacNall Burns (*Op. cit.*, p. 108), no início da revolução industrial, tinha condições de vida piores que a dos escravos de plantações nos Estados Unidos. As fábricas, como as descreveu Michel Foucault ao tratar da “docilização dos corpos”, consideravam os trabalhadores como peças da engrenagem e que, desta forma, deveriam comportar-se e trabalhar como máquinas, tudo funcionando “a toque de campainha”. A mínima imperícia, ainda que despercebida pelo trabalhador, era motivo da rescisão do contrato, e o trabalho era mantido sob constante vigilância, que integrou o poder disciplinar à economia (*Vigiar e punir*. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 10 ed. São Paulo: Vozes, 1993. p. 157).

³⁰² Melhor que obras de história, Vitor Hugo, em *Os Miseráveis*, retrata a situação de pobreza em que a população assalariada vivia.

³⁰³ **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 4. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Vozes, 2003. p. 247.

³⁰⁴ Em França, p. ex. a Lei Lê Chapelier, de 14 de junho de 1791 dizia em sua exposição de motivos: *Não há mais corporações no Estado; não há mais do que o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. Não é permitido a ninguém inspirar aos cidadãos um interesse intermediário, separá-los da coisa pública num espírito de corporação [...]. É necessário remontar ao princípio de que compete às convenções livres do indivíduo fixar a jornada para cada operário e que, em seguida, compete ao operário manter a convenção que fez com aquele que o emprega.* (Id.).

indivíduo a um eu metafísico, desprovido de vínculos históricos, que difere do trabalhador, do empresário, do criminoso e do contribuinte, e torna o contratante, que age em sua esfera de autonomia privada, um ser irreduzível em sua essencialidade³⁰⁵. Da mesma forma Alfonso de Julios-Campuzano, para quem o racionalismo da individualidade abstrata possibilitou retirar o indivíduo de sua própria história³⁰⁶. Além de legitimar a contratação de trabalhadores, os contratos foram um meio através do qual a burguesia obteve a propriedade (terras), que outrora pertencia à aristocracia³⁰⁷.

A construção teórica de que a propriedade era um direito absoluto, que dela o proprietário podia dispor, se assim o desejasse, e a noção de que a força de trabalho era propriedade da pessoa – e não a pessoa em si mesma – conduziu às mercadorias fictícias de Karl Polanyi³⁰⁸. Terra, trabalho e capital eram comercializáveis. Edward McNall Burns aponta para quatro características do capitalismo da revolução industrial: a) domínio da indústria por bancos de investimentos e companhias de seguros; b) formação de imensas acumulações de capital; c) separação de propriedade e direção; e d) o aparecimento de holdings³⁰⁹.

Com o desenvolvimento das técnicas bancárias, principalmente de emissão de notas para obtenção de divisas, bancos deixaram de apenas emprestar a juros e passaram a emprestar como forma de tornarem-se sócios das indústrias. Ao mesmo tempo a desregulamentação proporcionou a formação de cartéis e prática de truste. Ainda dentro de um mercado livre, houve a captação de dinheiro através da venda de ações. Milhões tornaram-se acionistas, mas a direção cabia a uma minoria com direito a voto, ou que reunia procurações de acionistas absenteístas. Por fim, houve a formação de holdings, uma companhia que não se dedica a produzir, mas controla as unidades produtoras e é remunerada pelos dividendos pagos pelas unidades controladas³¹⁰.

A diminuição do número de trabalhadores, que ocorreu em virtude do uso da máquina, tornou necessário aumentar o mercado, para a produção ser absorvida. Esta

³⁰⁵ *Op. cit.*, p. 05.

³⁰⁶ **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 44.

³⁰⁷ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 111.

³⁰⁸ *Op. cit.*, p. 88.

³⁰⁹ BURNS, Edward McNall. *Op. cit.*, p. 111.

³¹⁰ A holding representa o triunfo do capitalismo financeiro sobre o capitalismo produtor (*Ibid.*, p. 112). Fábio Konder Comparato (*Op. cit.*, p. 130), citando Max Weber, destaca que a empresa capitalista caracteriza-se pela impessoalidade da estrutura burocrática. Ninguém sabe, a rigor, quais são as pessoas físicas que efetivamente controlam a empresa, em virtude de um emaranhado inextricável de participações societárias diretas e cruzadas, entre diversas pessoas jurídicas.

uma das razões da intensificação do comércio com as colônias e das constantes disputas territoriais na Europa nos séculos XIX e XX. O aumento dos mercados foi uma necessidade atendida pelo crédito, vale dizer, pelos financiadores das atividades necessárias à expansão do mercado³¹¹.

Ao atentar para o mercado consumidor, a lógica da sequência econômica pré-capitalista, de que a mercadoria gera dinheiro que por sua vez gera mais mercadorias, foi substituída por outra, que transforma o dinheiro não mais em intermediário de trocas de produtos, mas em elemento que dá início ao processo de circulação. O crédito financia a produção da mercadoria, e esta serve para obter dinheiro para pagar o crédito tomado e para ser oferecido como crédito ou, em última análise, para ser transformado novamente em mercadoria (o que a lei da oferta e procura mostrar mais rentável), conforme Milton Santos³¹².

Na primeira metade do século XX, foi possível perceber que, na medida em que os meios de sobrevivência, decorrentes do desenvolvimento científico, tornaram a vida mais cômoda, o homem tendeu a deixar o campo e urbanizar-se. Ao mesmo tempo em que deixou de ser responsável por produzir e prover os meios para subsistir, passou a depender de produtos e serviços adquiridos no mercado, isto é, passou a consumir. A estrutura social havia deixado de ser ligada ao meio rural³¹³.

A busca por novos mercados gerou ocupação e encurtou distâncias. O deslocamento da população possibilitou que as pessoas passassem a depender de produtos industrializados e serviços, para atendimento de necessidades básicas. Para que o capital continuasse a reproduzir-se, foi necessário fazer com que as condições diárias de vida exigissem a absorção de um conjunto de mercadorias e serviços que pudesse sustentar a circulação e reprodução do capital³¹⁴. Assim, o mercado organizou-se de

³¹¹ Nos EUA foi comum a venda de títulos de guerra (war bonds), principalmente durante a II Guerra Mundial.

³¹² *Op. cit.*, p. 25.

³¹³ HOBBSAWN, Eric J. **A era dos extremos**. 2. ed. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 284.

³¹⁴ Conforme anota David Harvey (*Op. cit.*, p. 91): *Considere, por exemplo, o desenvolvimento das necessidades, vontades e desejos associados com a emergência do estilo de vida suburbano nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Não estamos apenas falando da necessidade de automóveis, gasolina, estradas, casas amplas e centros comerciais, mas também de cortadores de grama, geladeiras, ares-condicionados, cortinas, móveis (para dentro e para fora de casa), equipamentos de lazer (a TV) e uma série de sistemas de manutenção para dar continuidade à vida diária. A vida diária nos subúrbios requer o consumo de pelo menos tudo isso. O desenvolvimento dos subúrbios fez com que essas mercadorias passassem de vontades e desejos a necessidades absolutas.*

modo que a manutenção das necessidades primárias leve ao consumo. Concentrada em grandes contingentes populacionais, surgiu uma sociedade de consumidores. Pouco do que o cidadão produz lhe serve para satisfação das necessidades básicas, referentes à subsistência, que Hannah Arendt denomina de labor³¹⁵. Este, um problema retratado por Bernardo Sorj, que afirma que a sociedade de consumo é caracterizada por ser condição de acesso, p. ex., à saúde, educação, trabalho e sociabilidade³¹⁶.

Como os salários não eram (não são³¹⁷) suficientes para proporcionar o acesso a todos os bens de consumo, o crédito, principalmente de caráter pessoal, passou a ser disponibilizado aos trabalhadores, a fim de assegurar a obtenção de bens necessários para manterem-se saudáveis, aptos ao trabalho. O crédito é elemento essencial à formação da sociedade de consumo. Seu uso permite antecipar o futuro, contratar agora para pagar depois, conforme o trabalhador vende sua força de trabalho. Conforme Alberto Junior Veloso³¹⁸, o crédito deixou de ser sinal de prodigalidade, tornou-se meio de aquisição de bens e vetor de escoamento de produtos, a permitir melhoria da qualidade de vida.

O conflito entre capital e trabalho não terminou em virtude de surgir a sociedade de consumo, ao contrário, foi confirmado. Em países de terceiro mundo, em desenvolvimento ou emergentes (a variação semântica não esconde a realidade), o problema se agrava pela ineficiência estatal em atender necessidades essenciais.

2.5. Crédito e Consumo

2.5.1. Sociedade de consumo

O aumento da população e o desenvolvimento tecnológico aumentaram as necessidades humanas. Como também as formas de supri-las evoluíram e passaram a

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 107.

³¹⁶ SORJ, Bernardo. **Brasil@povo: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 27.

³¹⁷ O salário mínimo ideal, segundo o DIEESE em novembro de 2013, era de R\$ 2.761,84. No cálculo do salário mínimo, o DIEESE leva em conta o constante no art. 7º, IV, da CF, e o valor necessário para que uma família de quatro pessoas, sendo dois adultos e duas crianças, consiga ter acesso aos itens ali constantes, consideradas necessidades vitais básicas, ou seja, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Informações obtidas na página eletrônica www.dieese.org.br, acessada em 02.01.2014, às 13:08 horas.

³¹⁸ **O contrato de compra e venda a crédito ao consumidor**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25.

abranger diversas áreas. O homem urbano deixou de deter, individualmente, conhecimento e capacidade necessários para prover a subsistência, e ainda que os tivesse, não teria acesso à matéria-prima necessária para tanto³¹⁹. Passou a depender de terceiros³²⁰. A confiança é depositada na atividade realizada por *sistemas* que produzem bens necessários à subsistência. Não era (nem ainda é) depositada em pessoas, mas sim na atividade, que deve resultar de conhecimentos acumulados, tornando-a apta a atender às demandas que se lhes colocam. Confia-se no conhecimento, hodiernamente retratado em marcas, quando se trata de sociedade de consumo, conforme Anthony Giddens³²¹.

A vida urbana depende de sistemas de conhecimento. Através destes ocorre produção e fornecimento de bens que o cidadão comum não detém capacidade científica para elaborar. São sistemas abstratos, inacessíveis em seus meandros técnicos, e ainda assim indispensáveis. Proporcionam satisfação de necessidades básicas e melhoram a qualidade de vida, tornando-a mais digna. Resta ao cidadão depositar confiança nos sistemas abstratos. O contato entre cidadão e o sistema abstrato é praticamente inexistente. Ocorre em momentos que Anthony Giddens³²² denomina pontos de acesso, representados por indivíduos. Neste particular, há um problema: confia-se no sistema, mas não nos indivíduos. Os pontos de acesso são uma lembrança de que sistemas peritos são operados por pessoas que são falíveis, porque podem não atentar às suas obrigações³²³ ou agir com má-fé³²⁴. Neste caso, a falibilidade humana origina uma questão: as pessoas confiam em práticas e mecanismos sociais a maior parte do tempo, mesmo sem ter conhecimento técnico ou sendo este absolutamente superficial (por quê?).

Boaventura de Souza Santos chega à mesma conclusão. Anota que a insegurança decorre da assimetria entre a capacidade de agir e a de prever. A ciência aumentou a capacidade de ação (expandiu a dimensão espaço-temporal dos atos humanos), mas a intervenção tecnológica prolonga as consequências dos atos, no tempo e espaço, para além do próprio ato, através de nexos de causalidade cada vez mais

³¹⁹ O homem em estado da natureza de John Locke não mais pode modificar a natureza, apropriando-se do resultado da transformação gerada pelo trabalho, pois nada ou quase nada sobrou para apropriado.

³²⁰ Sociedade de mercado, assim designada por Karl Polanyi (*Op. cit.*, p. 53).

³²¹ *Op. cit.*, p. 88.

³²² *Ibid.*, p. 89.

³²³ Inúmeros são os casos de inscrição indevida do nome de consumidores em bancos de dados.

³²⁴ Foi o caso, p. ex., da indenização a que a empresa Tim Celular S.A. foi condenada a pagar, por fazer constar, em uma nota fiscal, a expressão *a cliente mais enjoada que já existiu*. O processo ainda tramita frente o 10º Juizado Especial Cível de Goiânia, GO, autuado sob nº 5132180.57.2012.8.09.0062.

complexos e opacos³²⁵. Ulrich Beck, tratando da sociedade de risco, anota que a ciência gera um não saber, dada a imprevisibilidade das consequências decorrentes do avanço científico, pois se buscam respostas a perguntas que não formuladas com clareza³²⁶.

O uso de sistemas peritos sem ter consciência da extensão do próprio sistema, nem conhecimento para compreendê-lo de modo universal, mas apenas operá-lo a partir dos denominados pontos de acesso, é emblemático no que toca à exploração do trabalhador e do consumidor, pelo capital. Qual o real valor de um bem cujas formas e etapas de produção são desconhecidas do consumidor? Se a resposta já é difícil em relação a bens materiais³²⁷, fica praticamente impossível quando se trata de bens imateriais, como o crédito³²⁸. A opacidade dos nexos de causalidade a que aduz Boaventura de Souza Santos é conceito plenamente aplicável ao caso do crédito.

A atividade bancária é constituída, em essência, em receber dinheiro em depósito remunerando o depositante com juros, e utilizar o depósito emprestando-o para atividades de produção, prestação de serviços, ou aquisição de bens e serviços, evidentemente com cobrança de juros. Assim deveria haver uma correlação equilibrada de interesses de poupadores, banco e tomadores de empréstimos. A diferença do valor dos juros pagos aos poupadores, e recebidos dos tomadores representaria o pagamento

³²⁵ **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 57. Não por outro motivo cresce o número de demandas pleiteando o denominado direito ao esquecimento. Emblemáticos, sobre o tema, dois julgamentos do STJ, ambos datados de 28.05.2013: a) REsp 1.334.097/RJ, 4ª T., j. 28.05.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 10.09.2013; b) REsp 1.335.153/RJ, 4ª T., j. 28.05.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 10.09.2013.

³²⁶ **La sociedad del riesgo mundial – em busca de la seguridad perdida**. Trad. Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008, p. 165.

³²⁷ Um veículo Ford/Focus Hatch, motor 2.0 litros (versão inicial, com lançamento mundial recente), com preços obtidos no sítio da Ford dos países consultados e cotações obtidas no sítio Uol/Economia, consultada em 26.11.2013, custa: a) nos Estados Unidos, U\$ 18.625,00 (R\$ 42.893,37 – o Dólar Americano valia R\$ 2,303); b) no Canadá, \$ 15.999,00 (R\$ 34.733,83 – o Dólar Canadense valia R\$ 2,171); c) no México \$ 261.500,00 (R\$ 45.762,50 – o Peso Novo Mexicano valia R\$ 0,175); d) na Argentina, \$ 164.020,00 (R\$ 61.999,56 – o Peso Argentino valia R\$ 0,378); e) no Chile, \$ 10.190.000,00 (R\$ 44.836,00 – o Peso Chileno valia R\$ 0,0044); f) na Colômbia, \$ 49.500.000,00 (R\$ 59.400,00 – o Peso Colombiano valia R\$ 0,0012); g); e) na Inglaterra, £ 15.805,00 (R\$ 46.635,00 – o Euro valia R\$ 3,109); h) na Itália, £ 18.750,00 (R\$ 58.293,75); i) em Portugal, £ 20.345 (R\$ 63.252,60); j) na França, £ 18.250 (R\$ 56.739,25); k) na Rússia, 565.000 py6 (R\$ 38.985,00 – o Rublo valia R\$ 0,069); l) no Japão (como motor diferente), 2.930.000,00 ¥ (R\$ 64.460,00 – o Iene valia R\$ 0,022); m) na China (com motor diferente), ¥ 112.800,00 (R\$ 42.525,60 – o Yuan valia R\$ 0,377.); n) na Austrália, \$ 21.490,00 (R\$ 44.978,57 – o Dólar Australiano valia R\$ 2,093.); o) na África do Sul, R247.300,00 (R\$ 56.384,00 – o Rand valia R\$ 0,228); e p) no Marrocos, DH 209.000 (R\$ 57.893,00 – o Dirham Marroquino valia R\$ 0,277). No Brasil, o veículo custa R\$ 72.990,00.

³²⁸ Como fixam-se as taxas de juros? O que, dentre aqueles valores representa custo? O que representa lucro? E, principalmente, há como o direito ou a ética (ou ambos) imporem limites ao lucro, de modo a manter o equilíbrio e a justiça do contrato?

dos serviços bancários e o lucro. Entretanto, com o aumento da atividade bancária³²⁹, é difícil apurar a origem do ativo e passivo, o que dificulta a defesa do consumidor, p. ex., quando se questiona o montante de juros que é cobrado, dizendo-o excessivo. Como apurar se *spread* é realmente, alto? Como pode ser alto, se a remuneração dos poupadores é baixa? O raciocínio se estende a uma série de sistemas peritos, que no final da cadeia produtiva totaliza preços cuja formação o consumidor não pode apurar.

Ademais, contratos de crédito apresentam outro problema, pois implicam em distanciamento espaço-temporal entre o obter agora para pagar depois. O problema não passou despercebido, e nem se trata de uma exclusividade do direito e, no direito, não se trata de uma exclusividade do instituto do crédito. O fenômeno é denominado por Anthony Giddens de separação de tempo e espaço, quando assinala que em culturas pré-modernas, tempo e espaço conectavam-se através da situacionalidade do lugar³³⁰. Tempo e espaço estavam ligados através do lugar. O *quando* se ligava ao *onde* do comportamento social, moldando-o. A separação de tempo e espaço ocorreu a partir da adoção de um sistema de tempo universal e zonas de tempo globalmente localizadas, bem como a existência de um mapa global onde não há privilégio de lugar³³¹. A dialética de tempo e espaço permite que, quando separados, possam ser reintegrados. A organização social global exige que seja possível coordenar temporalmente as ações dos atores que se encontram, fisicamente, distantes. Nenhuma grande corporação e nenhum estado-nação gerenciaria a si, sem esta reintegração.

O crédito, na lógica do descolamento tempo e espaço, permite que se obtenha agora produtos e serviços que serão pagos depois. Nem poderia ser diferente, na medida em que a única fonte pecuniária do cidadão decorre da alienação da força de trabalho, que é um dos grandes responsáveis por alavancar a sociedade de consumo³³².

A reunião do modelo de trabalho eminentemente salarial com a sociedade

³²⁹ Bancos passaram a atuar em todos os segmentos onde há atividade financeira ou uso de contratos de crédito, desde a atividade securitária, até o financiamento de pequenos eletrodomésticos.

³³⁰ *Op. cit.*, p. 22.

³³¹ *O esvaziamento de tempo e espaço não é um desenvolvimento linear; ele opera dialeticamente. Muitas formas de 'tempo vivido' são possíveis em situações sociais estruturadas pela separação de tempo e espaço. (Ibid., p. 23).*

³³² Conforme Robert Castel (*Op. cit.*, p. 467): [...] *uma nova constelação salarial se vê atribuir a função de atrativo com a tarefa de 'puxar' a dinâmica social, do mesmo modo que se diz que tal setor industrial ou comercial 'puxa' o crescimento econômico de toda uma sociedade. Assiste-se, então, a uma quase-mitologização de um perfil de homem (e acessoriamente de mulher) eficaz e dinâmico, liberado dos arcaísmos, ao mesmo tempo descontraído e performante, grande trabalhador e grande consumidor de bens de prestígio, com férias inteligentes e viagens ao exterior.*

de consumo, funda-se no crédito, pena de tornar-se inviável. Qual contingente populacional poderia adquirir produtos e serviços de preços relativamente altos³³³, se fosse necessário o pagamento à vista? A sociedade de consumo está estruturada no contrato e na confiança. O contrato exerce a função, conforme Enzo Roppo³³⁴ (citando Max Weber), de fazer circular a riqueza, tornando-se condição essencial para o funcionamento do sistema, mas também para a realização do proveito individual de cada contratante. Na sociedade de consumo a propriedade, o trabalho e o dinheiro podem ser objetos do contrato. Propriedade e dinheiro normalmente são objetos de contratos de crédito. Na medida em que considerável parcela da população precisa de bens e serviços, aumenta a procura. Entretanto, não há correlativo aumento da capacidade de compra³³⁵. Desta forma, o crédito torna-se, aliado aos contratos de massa, forma de acesso a bens de consumo e serviços pelos trabalhadores.

Depois da crise econômica posterior a I Guerra Mundial, especialmente na década de 1930, o sistema de livre mercado foi, em termos, abandonado. O estado, apoiado por coalizões de trabalhadores e produtores agrícolas passou a responsabilizar-se pela intervenção macroeconômica, segurança social e pelos direitos de emprego³³⁶. O New Deal de Theodore Roosevelt, talvez tenha sido a primeira forma de realização de políticas públicas de crédito com intenção de fomento do emprego. Em março de 1935, conforme Jeffry A. Frieden, o Congresso dos EUA aprovou empréstimos de cinco bilhões de dólares para aplacar o desemprego. Boa parte do dinheiro destinou-se à construção de estradas, aeroportos, prédios públicos, pontes, etc³³⁷. Esta forma de intervenção na economia com o objetivo de fomentar a atividade produtiva e combater o desemprego continua a ser utilizada até hoje, em diversos países, incluído o Brasil³³⁸. Ademais, os estados implementaram a seguridade social, mas não só em relação ao

³³³ Ao mencionar preços altos, não se está tratando de produtos incomuns, mas automóveis, imóveis residenciais, eletrodomésticos como geladeiras, televisores e eletroeletrônicos, como computadores.

³³⁴ *Op. cit.*, p. 35.

³³⁵ Denuncia Luc Ferry (*Op. cit.*, p. 13) a diminuição do poder de compra salarial tem causado a saturação da capacidade de endividamento.

³³⁶ FREIDEN, Jeffry A. *Op. cit.*, p. 250.

³³⁷ *Ibid.*, p. 254.

³³⁸ Comum a concessão de linhas de crédito, através de políticas públicas, que incentivam a atividade produtiva, como também a realização de obras através de contratação de empreiteiras para gerar empregos e desenvolver a economia. Foi esta, aliás, a solução adotada por alguns governos no combate da crise de 2008. No Brasil, além do socorro aos bancos, houve redução tributária para bens de consumo estratégicos, aqueles que, em seu fabrico, geram direta e indiretamente, grande número de empregos.

desemprego³³⁹. Também cuidaram de educação e saúde. Esta forma de seguridade social representou o que Zygmunt Bauman, seguindo a ideia de Karl Polanyi, chamou de remercadorização do trabalho, que não teria ocorrido se os capitalistas não tivessem percebido que cuidar do exército industrial de reserva não fosse um bom negócio, e que era tarefa a ser desempenhada pelo estado. Com a transferência da responsabilidade ao estado e a diminuição da necessidade de mão de obra, a fonte de lucro do capitalismo deslocou-se da exploração dos trabalhadores, para a dos consumidores. O Autor vai além, consignando que os pobres, despojados de recursos necessários para responder às seduções do mercado não atendidas pelos serviços do estado (saúde, educação, transporte, etc.), precisam de dinheiro para se tornar úteis³⁴⁰.

A histórica modificação cultural pela qual a sociedade ocidental e urbanizada passou justifica a necessidade de acesso a bens de consumo, pois a propriedade de alguns deles tornou-se condição de aceitabilidade social. As identidades das populações, enquanto pequenos grupos eram, conforme Néstor García Canclini³⁴¹, territoriais e quase sempre monolíngüísticas, e o poder era controlado por estado e igreja. A revolução industrial provocou a alteração desta estrutura. O poder econômico passou para as mãos das corporações industriais, que o aproveitaram para influenciar o estado a lhes atender aos interesses³⁴². Com a globalização, ocorreu um deslocamento das identidades culturais nacionais, que proporcionou a formação de identidades híbridas e multiculturais³⁴³, que exigem adaptação do cidadão para que seja aceito. O acesso a bens de consumo cumpre dupla finalidade: proporcionar fruição de direitos básicos e proporcionar aceitação social e adaptação cultural³⁴⁴.

Contratos de crédito cumprem uma série de finalidades, pois permitem a imediata mobilização da riqueza. Em breve lista é possível encontrar o uso do crédito aplicado em agropecuária, indústria e comércio; aquisição de bens e serviços; políticas

³³⁹ FREIDEN, Jeffrey A. *Op. cit.*, p. 254.

³⁴⁰ Segundo a concepção capitalista de utilidade (BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 32).

³⁴¹ **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Trad. Maurício Santana Dias. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2010. p. 45.

³⁴² HEILBRONER, Robert L.; MILBERG, William. **A construção da sociedade econômica**. 12. ed. Trad. Regina Garcez. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 85.

³⁴³ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Guacira Lopes Louro e Tomaz Tadeu da Silva. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 67.

³⁴⁴ Néstor García Canclini denominou dissolução das monoidentidades (*Op. cit.*, p. 100).

públicas³⁴⁵ e, mais recentemente, preservação ambiental. O crédito é uma mercadoria que pode ser adquirida e trocada por outra. Assim, desempenha o papel de oferecer condições de acesso a bens e serviços essenciais. No Brasil, além da aquisição daqueles não fornecidos pelo estado, como eletrodomésticos, o crédito propicia acesso a produtos e serviços essenciais, que são responsabilidade do estado. Saúde e educação³⁴⁶, p. ex.

A construção histórica do crédito demonstra que, nos atuais moldes da sociedade capitalista e ocidental, tornou-se condição de acesso a bens e serviços essenciais ao exercício da cidadania. Sendo, os contratos, instituto jurídico que se presta à circulação da riqueza, não é surpresa que, com fundamento na autonomia da vontade, tenham ocorrido uma série de abusos por parte dos grandes fornecedores de produtos e serviços.

A sociedade de consumo, caracterizada pelas relações de capital e consumidores, reproduz o conflito decorrente das (anteriores e ainda existentes) relações de capital e trabalho.³⁴⁷ Ou seja, o conflito não cessou por surgir a sociedade de consumo. Ao contrário, acentuou-se. Se em uma ponta da relação entre trabalho e capital ocorre a exploração do trabalhador pelo pagamento de salários que não o remuneram integralmente, na outra este mesmo salário é devolvido ao capital, através da exploração, que se acentua na medida em que o sistema se reproduz constantemente. Tanto na primeira forma de exploração, quanto na segunda, o contrato desempenha

³⁴⁵ É o caso, p. ex., do programa Minha Casa, Minha Vida. Ao mesmo tempo que desempenha a função de prestar assistência à população na aquisição de imóveis, esta política pública injeta dinheiro no mercado, fomentando a construção civil e as atividades que lhe são correlatas.

³⁴⁶ O estado, reconhecendo sua incapacidade de atender a demanda pelo estudo oferece crédito para que estudantes possam cursar o ensino superior em universidades particulares. É o caso do Fundo de Financiamento Estudantil – FIES, operado pelo estado através de *agentes financeiros do FIES*, que são instituições financeiras. No caso do FIES, como em outros onde estas atuam, há abusos. O STJ, no julgamento do REsp 1.155.684 (1ª S., j. 12.05.2010, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 18.05.2010) considerou indevidos juros capitalizados, exigidos nas parcelas do FIES. No mesmo julgamento considerou inaplicável o CDC aos contratos do FIES, considerou válidas as exigências de idoneidade cadastral do contratante e válidas as exigências de fiador com idoneidade cadastral e a possibilidade de contratação com desconto em folha de pagamento, do devedor principal e do fiador. Como considerar inaplicável o CDC a contratos onde o cidadão, que precisa do financiamento para frequentar curso superior, tem que aderir a uma série de cláusulas contratuais que lhe são impostas, ficando vulnerável a práticas abusivas? Práticas que existem. Não existissem, qual a necessidade de o Poder Judiciário pronunciar-se sobre a impossibilidade de cobrança de juros capitalizados?

³⁴⁷ Assim Marcelo Gomes Sodré (**A construção do direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.): *Trabalhadores, produtores e consumidores, eis os atores sociais da economia do mundo moderno. Durante todo o século XIX e parte do século XX os conflitos sociais foram entre trabalhadores e patrões: a luta primeira foi pelo acesso à terra e depois pelo domínio dos meios de produção. A partir de meados do século XX, foi agregado outro tipo de conflito, resultante do outro vértice da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado.* No mesmo sentido Fábio Konder Comparato (*Op. cit.*, p. 272).

papel de instrumento que possibilita a transferência de riqueza, ou seja, a exploração em benefício do capital.

A histórica intervenção do estado nas relações de trabalho, aliada à necessidade de aumento do mercado consumidor, provocaram transferência do fator gerador de acúmulo de capital, da relação capital trabalho, para o capital consumo. O estado tutelou contratos de trabalho, mas não os contratos civis, raiz dos contratos de consumo. A história repetiu-se, fundada nos mesmos pilares: autonomia da vontade e força obrigatória. Grandes empregadores exigiam que empregados se submetessem a abusivos contratos trabalhistas; grandes fornecedores³⁴⁸ exigem que consumidores se submetam abusivos contratos de consumo.

A impossibilidade de discussão de cláusulas contratuais, e contratação em grande escala, originou a denominação contratos de adesão³⁴⁹. O drama decorrente dos contratos de adesão, conforme Antônio Carlos Efig³⁵⁰, é que na maior parte das vezes o consumidor não pode escusar-se à assinatura, pois necessita do usufruto do produto ou serviço que lhe é ofertado. O conflito entre capital e consumo acentua-se, tornando-se fonte de exploração, quando o consumidor precisa do produto ou serviço, pois possuí-lo ou usá-lo representa condição de acesso a bens essenciais à subsistência, ou exercício de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Contratos de crédito representam, no Brasil, fonte de exploração econômica. Primeiro pelos juros absurdamente altos praticados por estado³⁵¹ e iniciativa privada³⁵². Impossível imaginar que o consumidor consiga elevar seus rendimentos em 5,9% ao

³⁴⁸ Que, em regra, também são os grandes empregadores.

³⁴⁹ Conforme Antônio Carlos Efig (**Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2011. p. 255): *Os contratos de adesão, por sua vez, constituem uma oposição à idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pela outra parte, simplesmente aderindo ao contrato já definido em todos os seus termos. A manifestação de vontade de uma das partes se reduz à mera anuência a uma proposta da outra.*

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 256.

³⁵¹ Basta comparar, p. ex. as taxas de juros praticadas no Brasil, e em outros países. Os índices, obtidos na página eletrônica da Trading Economics indicam que no Brasil os juros anuais, atualmente, estão em 10,00%. Na América do Sul, Argentina (12,24%) e Venezuela (15,36%) possuem taxas maiores. A Bolívia possui taxas de 2,06%, a Colômbia 3,25%, o Peru 4,00%, o Chile em 4,50%, o Paraguai 6,00%, o Equador 8,17% e o Uruguai 9,25%. Em comparação com os demais BRICS, o Brasil continua com a maior taxa de juros. A África do Sul possui juros de 5,00%, a Rússia 5,50%, a China 6,00% e a Índia 7,75%. Em comparação aos países desenvolvidos, os juros praticados no Brasil seriam impensáveis.

³⁵² Dados do BCB, divulgados em dezembro de 2013, indicam que, para empréstimos pessoais não cosignados, a taxa média de juros era 5,98% ao mês, sendo o cálculo realizado de forma capitalizada, resultando em juros anuais superiores à média mensal. A este montante, é acrescida a inflação que, em 2013, totalizou 5,9% (IPCA).

mês (70,80% ao ano, sem capitalização), para pagar as parcelas de um financiamento. O consumidor terá de reservar parcela mensal de seus rendimentos para pagar o valor do crédito, por vezes sacrificando a aquisição de bens necessários à subsistência. Segundo, práticas contratuais abusivas de instituições financeiras, acabam colocando o consumidor em situação de desvantagem.

2.5.2. Sobre correção monetária e juros

2.5.2.1. Correção monetária

O capital perde valor pela redução do poder aquisitivo, o que se dá em virtude da majoração dos preços, ou seja, a inflação. Para corrigir o problema, criou-se a correção monetária, método de apuração do percentual inflacionário que incide sobre o capital. Não se trata de remuneração, pois serve para manter estável o poder de compra.

A correção monetária foi regulamentada na Lei 3.337, de 12.12.1957, que no art. 4º, fez previsão de empréstimos de prazo não inferior a um ano, poderem conter cláusulas de garantia contra desvalorização da moeda, conforme índices do Conselho Nacional de Economia³⁵³. O art. 57, da Lei 3.470, de 28.11.1958, reconheceu que a correção monetária é um princípio contábil, e autorizou as empresas a corrigir o registro contábil do valor dos bens do ativo imobilizado, até o limite das variações resultantes da aplicação de coeficientes do Conselho Nacional de Economia, a cada dois anos. A Lei 4.357, de 16.07.1964, aumentou o rol de hipóteses do uso da correção³⁵⁴. Em 17.06.1977, a Lei 6.423, criou um indexador para a correção, a ORTN³⁵⁵. A Lei 6.899, de 08.04.1981, previu aplicação de correção a débitos oriundos de decisão judicial. No plano real, duas leis lidaram com a correção monetária. A Lei 8.880, de 27.05.1994, instituiu a URV, e a Lei 9.069, de 29.06.1995, dispôs sobre o plano real. O art. 38, da

³⁵³ Vigia a Constituição de 1946 que havia instituído, no art. 205, o Conselho Nacional de Economia. Regulamentado pela Lei 970, de 16.12.1949, tinha com incumbência estudar a vida econômica do país, e opinar sobre as diretrizes da política econômica nacional, interna ou externa (art. 2º).

³⁵⁴ Estabeleceu correção monetária para o ativo imobilizado (art. 3º), para a pessoa física quanto ao custo do imóvel (art. 4º), para a depreciação ou amortização de bens móveis, dedutíveis do lucro bruto, limitado aos coeficientes do Conselho Nacional de Economia (art. 6º) e para multas previstas na legislação fiscal e administrativas (art. 9º).

³⁵⁵ A aplicação de correção aos negócios jurídicos de expressão monetária basear-se-ia na variação nominal da ORTN (art. 1º), não aplicável para reajustes salariais e de benefícios da previdência social, nem às operações de instituições financeiras, quando havia índice contratado (art. 1º, *caput* e § 1º, *a a c*).

Lei 8.880/1994, estabeleceu que a correção monetária, no mês de emissão do real e no subsequente, deveria ser calculada tomando por base os preços em real, em URV e em cruzeiros reais, convertidos em URV. O p. ún. dizia nula qualquer outra forma de cálculo. A fórmula foi, em parte, mantida pelo art. 24, da Lei 9.069/1995, que no § 1º determinava tomar por base os preços em real, em URV (preços em cruzeiros reais) e convertidos em URV (preços dos meses anteriores). Eram disposições aplicáveis a débitos anteriores a 01.07.1994, ou seja, antes do plano real. Para os posteriores, o art. 27, da Lei 9.069/1995, estabeleceu o IPC-r. Em 14.02.2001, foi publicada a Lei 10.192, que vedou aplicação de correção a algumas obrigações³⁵⁶. Por fim, CC reconhece a existência da correção monetária nos arts. 389, 395, 404, 418, 772 e 884. A correção monetária abrange praticamente todas as relações contratuais com previsão de pagamento em dinheiro. Conforme Glauber Moreno Talavera³⁵⁷, a correção monetária é imperativa da isonomia.

2.5.2.2. Juros no Brasil – da usura à taxa média de mercado

O papel de remunerar o capital cabe aos juros, que são, conforme Antônio Carlos Efig³⁵⁸, o preço pago pelo uso do capital alheio, uma forma de remunerar aquele que emprestou determinado capital. Anota John Maynard Keynes³⁵⁹ que juros são uma recompensa pela renúncia à liquidez do capital por um período determinado. O nível de investimento depende da comparação feita pelo titular entre o retorno a ser obtido com aplicação do capital na atividade produtiva e retorno proporcionado pelos juros. As taxas de juros, para John Maynard Keynes³⁶⁰, são influenciadas pela capacidade de retorno do capital investido (quanto maior o retorno, menor a disposição em emprestar dinheiro a juros) e pela quantidade de moeda em circulação (quanto menor a quantidade de moeda circulando, maiores as taxas de juros). A moeda, para o

³⁵⁶ Pagamentos de obrigações pecuniárias exequíveis no Brasil (art. 1º, II), admitindo-a para contratos com prazo igual ou superior a um ano (art. 2º) e manteve a correção dos débitos trabalhistas resultantes de decisão judicial, relativos a ressarcimento por inadimplemento de obrigações contratuais e do passivo empresarial e instituições em concordata, falência, intervenção e liquidação judicial.

³⁵⁷ **Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência**. São Paulo: RT, 2009, p. 224.

³⁵⁸ **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 281.

³⁵⁹ *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 174.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 175.

Autor, é um bem dotado de especial característica, a liquidez, razão pela qual as taxas de juros estariam ligadas à vontade do agente em reter o capital, sendo determinada pela oferta e procura deste, o que propicia a especulação.

Sobre a teoria de juros posterior a Jonh Maynard Keynes (sem refutá-lo), Fabiano Jantalia³⁶¹ enfatiza que no mercado de juros, bancos desempenham um importante papel, pois a quantidade de moeda disponibilizada é determinada pela demanda de crédito, e esta, por sua vez, decorre das necessidades de financiamento da economia. Enfatiza a importância da atuação dos bancos centrais, de modo a direcionar os agentes privados para a atividade produtiva, ou seja, regular o mercado bancário para que pague baixa remuneração ao capital neles depositado por particulares. A relação entre demanda de crédito e a disponibilização deste pelos bancos, regularia a taxa de juros. Mas três componentes interferem na relação, tornando-a complexa. Primeiro, o capital que se tomou emprestado e os juros incidentes precisam ser restituídos. Portanto, somente o aumento da produção, ou dos preços, será possível a restituição do capital emprestado acrescido dos juros, sem contabilizar prejuízo. Segundo, a principal fonte de lucro dos bancos é o recebimento dos juros incidentes sobre empréstimos. Assim, concederão crédito a quem cumprir a equação menor taxa risco e maior taxa de adimplência, direcionando a oferta não necessariamente à produção. Em um cenário de risco, bancos deixam de emprestar para pequenos e médios produtores³⁶². Terceiro, a equação utilizada para fixar a taxa de juros não levou em conta o crédito ao consumo, onde não há aplicação do capital emprestado na atividade produtiva, mas em produtos ou serviços que não geram renda. Capital e juros são pagos com o salário ou rendimento. Assim, a fixação da taxa de juros pela oferta e procura pode representar – e, no Brasil, representa – transferência do resultado do trabalho para a atividade bancária.

Historicamente, o salário tem reajuste anual, com base em índices inflacionários que, apesar de utilizarem fórmulas diferentes, não apresentam resultados

³⁶¹ **Juros bancários.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 63.

³⁶² Fenômeno desta natureza observou-se na Argentina, a partir da liberalização econômica da década de 1990 e abertura do país a bancos estrangeiros. Antes de 2001 – quando do colapso econômico – o setor bancário argentino foi dominado por bancos estrangeiros, que emprestavam para multinacionais e grandes empresas locais, mas negavam crédito a pequenas e médias empresas, o que ocasionou uma estagnação econômica do país, em virtude da falta de financiamento. (STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios.** Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. 3. ed. São Paulo: Futura, 2002, p. 103).

muito distantes³⁶³. Desta forma, para pagamento do capital e juros que o trabalhador tomou emprestados, existem três caminhos: a) uso do excedente salarial – diferença do que o trabalhador recebe mensalmente e do que gasta com necessidades básicas indispensáveis, próprias e da família; b) uso do excedente salarial resultante do aumento real do salário – aumento em percentual superior à inflação; e c) uso de algum valor que resulte da abstinência do consumidor – do corte de gasto mensal. Há uma quarta forma de realizar o pagamento, que é tomar novo empréstimo, acumulando débitos, o que tende a conduzir ao superendividamento, mormente quem tem menor poder aquisitivo.

Qualquer taxa de juros que supere a inflação, em princípio, exigirá que o consumidor, proporcionalmente, retire mais valores de seu salário do que obtém com o aumento de remuneração. Em contrapartida, o consumidor acresce seu patrimônio com o bem ou serviço consumido, mas que é incapaz de lhe gerar rendimentos.

Há outro componente a considerar: os juros sobre juros, decorrentes do acréscimo de valor ao preço do produto ofertado no varejo, por força dos juros pagos pelo comerciante. Os juros que o produtor paga pelo empréstimo que tomou integram o preço, que é repassado ao consumidor. Se o consumidor precisa tomar empréstimo para adquirir o produto ou serviço, arcará com montante (proporcional) dos juros pagos pelo produtor, já embutidos no preço, e com os juros do empréstimo tomado por si. Até pouco tempo atrás, o comerciante praticava um valor à vista e outro a prazo. Em parcelas, o valor era superior por ser do comerciante o capital de giro, ou seja, o comerciante suportava o ônus temporal do pagamento e o risco de inadimplemento. Vendendo à vista, podia antecipar o pagamento à instituição financeira, obtendo abatimento dos juros contratados, repassando-o ao consumidor. Atualmente não é comum encontrar comerciantes que pratiquem valores diferentes à vista ou a prazo. O fenômeno ocorre porque não é mais o comerciante quem fornece o crédito, mas, em regra, um correspondente bancário que opera conjuntamente ao comerciante³⁶⁴. O art. 3º, da Resolução 3.954/2011, CMN, autoriza que podem ser correspondentes bancários as sociedades, empresários e associações definidos no CC, prestadores de serviços

³⁶³ Entre 31.12.2012 e 31.12.2013, o IGP-M totalizou 6,08%; o INPC totalizou 5,58%; o IPCA totalizou 5,63%; e o IGP-DI totalizou 6,12%.

³⁶⁴ Um dos principais objetivos do uso de correspondentes bancários é aumentar o acesso da população ao sistema financeiro (CARVALHO, Danilo Takasaki. **O contrato de correspondente e a regulação bancária brasileira**. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central, Brasília, Banco Central do Brasil, nº 3, p. 105-134, dez. 2009, p.113).

notariais e de registro de que trata a Lei 8.935, de 18.11.1994, e as empresas públicas. Assim, quando se realiza a compra parcelada de um refrigerador, p. ex., não há contrato com o varejista, mas com a instituição financeira, da qual o varejista é correspondente³⁶⁵ ou, ainda, diretamente com a instituição financeira que mantém posto de atendimento no estabelecimento comercial. Isto quando não se usa cartão de crédito ou débito. Ou seja, a aquisição do refrigerador se realiza a partir de uma negociação de consumidor-comerciante-instituição financeira. Seria o equivalente ao consumidor, precisando comprar um refrigerador sem dinheiro (próprio) para pagá-lo a vista, ir à instituição financeira tomar um empréstimo e, retornar ao estabelecimento comercial para a compra do produto. Apenas tornou-se desnecessário o deslocamento físico.

Quando o estado cumpre seu papel, fornecendo serviços públicos de qualidade e com preço justo – quando não graciosamente –, e quando não há achatamento salarial e o salário do trabalhador proporciona a aquisição de bens e serviços essenciais sem ter de se recorrer ao crédito, há maior percentual de sobra salarial aplicável na aquisição de bens de consumo com pagamento de juros, sem que a compra gere grande impacto nas finanças pessoais do trabalhador. Afinal, o pagamento se dá com o excedente salarial, o que não afetará as despesas mensais de subsistência.

No Brasil, o estado fornece serviços públicos de baixa qualidade e o achatamento salarial é realidade³⁶⁶, não restando valores salariais para aquisição de bens de consumo. Aliás, não raro faltam valores para necessidades vitais básicas do trabalhador e família. Estudo do IBGE aponta que, entre a população com rendimento equivalente a até dois salários mínimos mensais (46% das famílias brasileiras), o nível médio de gastos com alimentação, habitação, saúde transporte e vestuário, consome 92,79% do total dos rendimentos. Sobram 7,21% para outras despesas³⁶⁷. Dentre estas,

³⁶⁵ O mesmo ocorre com a garantia estendida, que é que um seguro sobre o bem adquirido, contratado dentro da empresa varejista, por intermédio desta, mas junto a uma companhia seguradora.

³⁶⁶ Celso Furtado (*Op. cit.*, p. 224) explica que no Brasil, a partir do surgimento dos fluxos internos da população em direção às regiões de maiores níveis salariais, houve excedente de mão de obra, ao mesmo tempo em que empresários investiam em tecnologia que poupava-a. Com maior oferta de trabalhadores que de emprego, houve o achatamento salarial e os benefícios da elevação da produtividade foram absorvidos pelos empresários, como lucros. O fenômeno gera, entre outras consequências, um grau de desigualdade social crescente.

³⁶⁷ Nos anos de 2008 e 2009, para renda mensal de até R\$ 830,00, havia comprometimento médio de R\$ 767,23 (92,44%), com alimentação, habitação, tributos diretos, saúde, transporte e vestuário. E, para renda mensal entre R\$ 830,00 e R\$ 1.245,00, havia comprometimento médio de R\$ 1.159,82 (93,15%), referentemente às mesmas despesas. Os dados estão no sítio do IBGE, acesso em 30.11.2013, às 11:55 horas:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/pof/2008_2009/tabelas_pdf/tabela1.

incluem-se outras ordinárias, tributos (IPVA e IPTU, etc.), despesas com educação (material escolar, uniformes), lazer e extraordinárias. A sobra é mínima e não propicia a aquisição de bens de consumo, sem que uma despesa mensal seja sacrificada. Entra, aí, o problema das altas taxas de juros brasileiras.

Num mercado ideal, com salário suficiente para o trabalhador ter vida própria e familiar confortável, através da aquisição de bens de consumo, aumentarão vendas e disponibilidade de dinheiro para compra, o que, em regra, gerará aumento da produção e criação de novos produtos e atividades empresariais, o que conduzirá a novos empregos com boa remuneração, em uma espiral de desenvolvimento econômico. No Brasil, quando há melhora salarial aumentam-se os preços e não a produção (fornecedores aproveitam-se da demanda³⁶⁸), o estado majora juros (temerário da inflação) e assim também o fazem as instituições financeiras. Conforme Antônio Carlos Efig³⁶⁹, as taxas de juros deveriam ser reguladas pelo mercado para atingir um ponto ótimo, mas no Brasil, em decorrência da concentração bancária em grandes conglomerados, é elevada artificialmente. O problema é que, em regra, inexistente limite fixado para as taxas de juros. E, nos casos em que se poderia dizer que existe, a posição de STF e STJ é no sentido de não se aplicam às instituições financeiras.

Com a edição do Decreto 22.626/1933, houve a proibição genérica de cobrança de juros remuneratórios superiores ao dobro da taxa legal (art. 1º), que era aquela fixada pelo art. 1.062, do CC, de 1.916. O art. 13, do Decreto 22.626/1933, tipificava como usura toda a simulação ou prática que tendesse a ocultar a verdadeira taxa de juros, ou fraudar dispositivo do próprio Decreto 22.626/1933, de modo a praticar taxa de juros em montante superior ao autorizado. Em 01.01.1948, a Lei 209 regulamentou a renegociação de débitos civis e comerciais de criadores e recriadores de

A pesquisa se encontra disponível no endereço eletrônico, consultado em 30.11.2013, às 11:40 horas: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pa&tema=pofdespesasrendimentos>

³⁶⁸ A falta de desenvolvimento de novos produtos pela indústria ocorre em praticamente todos os setores. Emblemático quanto a automóveis. Os que por aqui é lançamento são vendidos há anos na Europa e EUA. Conforme o sítio eletrônico Auto Esporte (consultado em 20.01.2014, às 22:03 horas: <http://g1.globo.com/carros/noticia/2013/06/toyota-revela-o-novo-corolla.html>). Em reportagem de 07.06.2013, um novo modelo do veículo Toyota/Corolla foi lançado nos países desenvolvidos em 2013. No Brasil, o mesmo veículo vendido nos países desenvolvidos (antes da entrada no mercado do modelo anunciado em junho de 2013), sequer foi lançado e, em 2014 será apresentado no mercado tupiniquim como novidade. Outro veículo foi lançado com três anos de déficit é o Ford/Focus que, enquanto aqui é novidade, por lá é reformulado, conforme noticiou o sítio Uol Carros, em 20.01.2014 (consultada em 20.01.2014, às 22:15 horas: <http://carros.uol.com.br/noticias/redacao/2014/01/20/ford-focus-se-16-nota-bdo-inmetro-aposta-em-conforto-e-bom-preco.htm>).

³⁶⁹ *Op. cit.*, p. 304.

gado bovino. Estabeleceu no art. 2º que a renegociação dos débitos daquela categoria econômica, em caso de parcelamento, teria juros que não poderiam exceder a taxa anual de 8%. Foi a primeira lei a regulamentar o patamar de juros praticáveis acima do valor autorizado pelo Decreto 22.626/1933³⁷⁰.

As instituições financeiras, conforme entendia o STF, estavam limitadas pelo Decreto 22.626/1933, quanto a anatocismo e limite das taxas de juros³⁷¹. Em 14.01.1957, o STF³⁷², decidiu que as leis de usura diziam respeito a contratos de mútuo em dinheiro. Por longo tempo decidiu que nestes contratos o anatocismo é vedado, mesmo havendo convenção das partes, ou quando as taxas de juros eram limitadas³⁷³.

Em 31.12.1964, foi publicada a Lei 4.595, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, além de criar o Conselho Monetário Nacional. A Lei 4.595/1964 proporcionou uma reviravolta no sistema financeiro nacional, pois desregulamentou a política de controle das taxas de juros, até então vigente por força das vedações à prática da usura. O art. 1º, V, da Lei 4.595/1964, fixa composição do SFN com instituições financeiras públicas e privadas (além do CMN, BCB, Banco do Brasil S.A. e BNDS), ou seja, abrange toda e qualquer instituição financeira. O art. 17 considera instituições financeiras as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham por atividade principal ou acessória, coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valores de propriedade de terceiros, e o art. 17, p. ún., equiparou às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades do art. 17, em caráter permanente ou eventual³⁷⁴. Por fim, o art. 4º, IX, da Lei 4.595/1964, estabelece que é competência do CMN, segundo diretrizes estabelecidas

³⁷⁰ O STF decidiu que para débitos anteriores dos pecuaristas, valia o Decreto 22.626/1933, mesmo sendo credor um banco: REExp 18.337, 1º T., j. 31.05.1951, rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 28.06.1951).

³⁷¹ Em outro julgamento o STF vedou o anatocismo: REExt 17.785, 2ª T., j. 10.08.1951, rel. Min. Orozimbo Nonato, DJ não informado. Este REExt, inclusive, foi o primeiro julgado a ser utilizado como precedente da súmula 121, aprovada em Plenária, em 13.12.1963, e que dispõe: *É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada*. Também no REExt 22.408, 2ª T., j. 26.05.1953, rel. Min. Edgard Costa, DJ 08.04.1954.

³⁷² REExt 28.247, 1º T., j. 22.08.1957, rel. Min. Nelson Hungria. No mesmo sentido: REExt 47.607, 2ª T., j. 27.06.1961, rel. Min. Victor Nunes, DJ 18.08.1961.

³⁷³ *A vedação legal do anatocismo é de ordem pública, prevalecendo sobre a convenção das partes*. (REExt 47.497, 2ª T., j. 30.05.1961, rel. Min. Victor Nunes, DJ 08.07.1961). No mesmo sentido, e limitando juros a 1% ao mês: *Lei de usura. Capitalização de juros é vedada expressamente, mormente na taxa de 1% ao mês, máximo que se permite cobrar de juros simples*. (REExt 47.497, Pleno, j. 25.09.1961, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, DJ 09.11.1961).

³⁷⁴ O art. 17, p. ún. tem a finalidade de evitar a concorrência desleal, bem como de tributar igualmente as instituições financeiras e as pessoas físicas que exercem atividade semelhante à de instituição financeira.

pelo Presidente da República, limitar, sempre que necessário, taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive aqueles prestados pelo BCB. Dispõe, ainda, o mesmo art. 4º, IX, que taxas de financiamentos favoráveis se destinam à promoção de: a) recuperação e fertilização do solo; b) reflorestamento; c) combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; d) eletrificação rural; e) mecanização; f) irrigação; e g) investimento indispensável às atividades agropecuárias. As atividades industrial e comercial também merecia o favorecimento de juros mais baixos, conforme art. 19, X, da Lei 4.595/1964. Estas disposições denotam a opção do estado em realizar políticas públicas a partir da concessão de crédito, o que nem sempre é recomendável, pois em uma situação de instabilidade econômica ser devedor do estado pode revelar-se verdadeiro tormento. É o caso, p. ex., dos financiamentos do extinto BNH, que gerou inúmeras ações para reequilibrar o valor das prestações.

Depois da publicação da Lei 4.595/1964, houve mudança de posição do STF quanto à limitação da taxa de juros. No primeiro julgamento, ao apreciar um *habeas corpus*³⁷⁵ de um acusado de praticar o delito de usura, o STF decidiu que a Lei 4.595/1964 não havia revogado nem o Decreto 22.626/1933, nem a Lei 1.525/1951, o que denota a tendência da Corte em considerar a Lei 4.595/1964 uma lei especial, aplicável àqueles listados na própria lei.

Seguindo esta tendência, no julgamento do REExt 78.953, que envolveu a CEF, o STF anotou que referida instituição, por fazer parte do SFN, estava sujeita à disciplina do BCB, inclusive quanto a taxas de juros. O mesmo acórdão considerou que o art. 1º, do Decreto 22.626/1933, não era aplicável às instituições financeiras³⁷⁶. Esta posição foi consagrada na Plenária de 15.12.1976, quando editada a súmula 596³⁷⁷.

Há que se fazer uma necessária diferenciação, com o fito de harmonizar as súmulas 121 e 596, do STF. A primeira trata de vedação ao anatocismo e a segunda de limites de taxas de juros. Não há, na Lei 4.595/1964, estipulação sobre a forma de cálculo dos juros, e o art. 4º, IX, é literal em mencionar *taxas de juros*. Por este motivo,

³⁷⁵ HC 52.115, 2ª T., j. 29.04.1974, rel. Min. Antônio Neder, DJ 24.05.1974.

³⁷⁶ REExt 78.953, Pleno, j. 05.03.1975, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ 11.04.1975.

³⁷⁷ *As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.*

o STF, instado a manifestar-se³⁷⁸, decidiu que continua vedado o anatocismo, a não ser nos casos em que lei especial o autorizasse.

Ainda quanto ao anatocismo, o STJ³⁷⁹ entendeu que as regras do Decreto 22.626/1933 incidiam sobre instituições financeiras, anotando que a Lei 4.595/1964 não revogou a vedação da prática da usura, o que dependeria de legislação específica. O mesmo posicionamento foi reafirmado pelo STF³⁸⁰.

Emblemático o julgamento do REsp 129.564³⁸¹, onde o STJ deixa clara sua posição, anotando que: a) ao mútuo bancário não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano, estabelecida no Decreto 22.626/1933, e incide, no caso, a súmula 596, do STF; b) permanece a proibição do Decreto 22.626/1933 de anatocismo, excetuados os casos de leis especiais. Além disso, o STJ decidiu que juros moratórios não são abrangidos pelas disposições da Lei 4.595/1964 e nem podem ser regulados pelo CMN³⁸², entendimento que na Sessão de Julgamento de 22.04.2009 (DJ 24.05.2009), da 2ª Sessão gerou a súmula 379³⁸³.

Havia entendimento de STF e STJ em inadmitir anatocismo, mesmo por instituições financeiras, e que, em relação a estas, as taxas de juros não eram limitadas pelo Decreto 22.626/1933 e dependiam de legislação especial ou de ato do CMN. Além disso, o STJ entendia que os juros moratórios não eram regulamentáveis pelo CMN e continuavam, assim, regidos pelo Decreto 22.626/1933, ou lei especial.

Em que pese o posicionamento da jurisprudência, concorda-se com Arnaldo Rizzardo³⁸⁴: a Lei 4.595/1964 não autorizou o CMN elevar a taxa de juros a qualquer nível, mas a delimitá-la, com respeito ao CC e ao Decreto 22.626/1933. A autorização legislativa dada ao CMN deve ser exercida dentro dos estritos limites impostos pela legislação, onde a competência do CMN encontra barreiras que não pode transpor. Mesmo havendo regulamentação, esta deve ser expressa e clara quanto à fixação das taxas de juros, delimitando a natureza da operação, espécies contratuais,

³⁷⁸ REExt 85.094, 2ª T., j. 19.04.1977, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 07.07.1977.

³⁷⁹ REsp 2.293, 3ª T., j. 17.04.1990, rel. Min. Claudio Santos, DJ 07.05.1990.

³⁸⁰ REExt 90.341, 1ª T., j. 26.02.1980, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 21.03.1980. No mesmo sentido: REExt 96.875, 2ª T., j. 16.09.1983, rel. Min. Djaci Falcão, DJ 27.10.1983.

³⁸¹ REsp 129.564, 3ª T., j. 08.09.1997, rel. Min. Menezes Direito, DJ 11.07.1997.

³⁸² REsp 85.969, 4ª T., j. 09.04.1996, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06.05.1996. No mesmo sentido: REsp 169.258, 4ª T., j. 08.02.2000, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02.05.2000.

³⁸³ *Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.*

³⁸⁴ *Op. cit.*, p. 363.

finalidade, etc. Ademais, anota Arnaldo Rizzardo³⁸⁵, o art. 4º, IX, da Lei 4.595/1964, atribui competência regulamentar ao CMN, e não às instituições financeiras. Se a competência é do CMN, no silêncio deste, segue-se a lei. Ausência de regulamentação sobre taxas de juros não significa liberdade às instituições financeiras para praticar as que bem entenderem. Presas estão à legislação preexistente, até que o CMN se manifeste. E ainda assim, a manifestação do CMN deverá respeitar o CC e o Decreto 22.626/1933. Infelizmente esta posição (acertada) de Arnaldo Rizzardo, não encontrou eco na jurisprudência, que prefere continuar a acreditar no mito de que a auto-regulação pelo mercado, atingirá um ponto ótimo, benéfico para todos.

A situação, que era ruim para o consumidor, piorou. Em 30.03.2000 foi editada a MP 1.763-17, de 30.03.2000, que dispunha sobre a administração dos recursos de caixa do tesouro nacional. Em sua 17ª edição, teve incluído em seu texto o art. 5º (não presente nas dezesseis edições anteriores) que dispunha que nas operações realizadas por instituições integrantes do SFN, admitia-se a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Além disso, o art. 5º, veio acompanhado do p. ún., que autoriza o credor a apurar o saldo devedor da dívida através de planilha de cálculo. Esta MP foi reeditada até se chegar à MP 2.170-36/2001, que manteve o mesmo art. 5º, com a mesma redação e ainda estabeleceu, no art. 7º, que os efeitos do art. 5º se produziam desde 01.01.1999 (portanto, antes da edição da MP 1.763-17, de 30.03.2000)³⁸⁶.

Antônio Carlos Efig, sobre a MP, anota que se tratou de medida que deixou a comunidade jurídica perplexa, já que não atendia aos critérios de relevância e urgência exigidos pelo art. 62, da CF. Desrespeitar longa tradição jurídica de luta contra o anatocismo representou um ato ardiloso de inserção de regra absolutamente estranha ao objeto da MP³⁸⁷.

Por considerar inconstitucional o art. 5º, da MP, o PL (atual PR³⁸⁸) aforou, em 21.09.2000, a ADI 2.316, distribuída para relatoria do Min. Sydney Sanches. Em 23.08.2001, o Relator votou pela suspensão liminar da eficácia do art. 5º e p. ún. No dia

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 364.

³⁸⁶ O art. 2º, da EC 32, de 11.09.2001, dispõe que as MPs editadas em data anteriores à publicação da EC 32/2001, continuam em vigor até que nova MP as revogue explicitamente, ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Como não há MP revogadora, nem deliberação do Congresso, a MP 2.170-36/2001 continua, até hoje, produzindo efeitos.

³⁸⁷ *Op. cit.*, p. 290.

³⁸⁸ Denominação adotada em 19.12.2006, em virtude da fusão do PL com o PRONA, conforme Resolução TSE nº 22.504, publicada no *DJ* em 12.02.2007.

15.12.2005, o Min. Carlos Velloso o acompanhou. A justificar a demora, o Min. Carlos Velloso afirmou que aguardava conclusão do julgamento da ADI 2.591 (da qual era relator), o que ocorreu em 07.06.2006. Na mesma Sessão, o Min. Nelson Jobim pediu vista. Na Sessão do dia 05.11.2008, votaram pelo deferimento liminar os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto e pelo indeferimento os Ministros Cármen Lúcia e Menezes Direito. Na mesma data o processo foi suspenso. Em 14.10.2013, o Min. Celso de Mello (agora relator), registrou que os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli se encontram impedidos, e que os Ministros Luís Roberto Barroso (sucessor do Min. Ayres Brito, que já votou), Teori Zavascki (sucessor do Min. Cezar Peluso, que sucedeu o Min. Sydney Sanches, que já votou), Ricardo Lewandowski (sucessor do Min. Carlos Velloso, que já votou), e Dias Toffoli (sucessor do Min. Menezes Direito, que já votou e, ainda, está impedido) não participarão do julgamento. Assim, além do Min. Celso de Mello, participarão do julgamento os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux.

A MP 2.170-36/2001 provocou lenta mudança de posição no STJ. Depois da edição da MP 2.170-36/2001, o STJ ainda manteve, por algum tempo, posição de impossibilidade de prática de capitalização composta³⁸⁹. Ao mesmo tempo em que mantinha posição majoritária sobre a impossibilidade de prática do anatocismo, em alguns julgados o STJ começou a aceitá-la, à luz da MP 2.170-36/2001. O primeiro neste sentido foi o REsp 407.097³⁹⁰, que admitiu o anatocismo e anotou que a taxa de juros só pode ser considerada abusiva quando discrepar, de modo substancial, da média praticada pelo mercado, com a ressalva de que os juros podem ser majorados para além das taxas médias em decorrência do risco da operação. Este entendimento consolidou-se no SJT, originando, em 27.05.2009 (DJ 08.06.2009), a súmula 382³⁹¹.

Ao menos o STJ, para autorizar o anatocismo, passou a exigir previsão contratual³⁹² e limitou a incidência ao período posterior à entrada em vigência da MP

³⁸⁹ REsp 231.319, 4ª T., j. 11.06.2002, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 09.09.2002. No mesmo sentido: AgRg no Ag 424.866, 3ª T., j. 08.05.2003, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 16.06.2003. E ainda: REsp 298.369, 3ª T., j. 26.06.2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 25.08.2003. Também: REsp 479.863, 2ª T., j. 03.08.2004, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 04.10.2004.

³⁹⁰ REsp 407.097, 2ª S., j. 12.03.2003, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, *DJ* 29.09.2003. No mesmo sentido foi o julgamento do REsp 420.111 (2ª S., j. 12.03.2003, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, *DJ* 06.10.2003).

³⁹¹ *A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.*

³⁹² AgRg no REsp 591.406, 4ª T., j. 07.10.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 08.11.2004.

2.170-36/2001³⁹³. Da união do entendimento de que os juros remuneratórios precisam ser contratados expressamente, bem como de que seu limite é regulado pelas taxas médias do mercado, a 2ª Sessão, em julgamento realizado em 12.05.2004 (*DJ* 09.09.2004) editou a súmula 296³⁹⁴.

O STF, até agora, não fixou posição sobre a questão da capitalização de juros. No julgamento do REExt 582.760³⁹⁵, o Plenário, apesar de não julgar o mérito, especialmente no voto da Min. Cármen Lúcia e do Min. Cezar Peluso, posicionou-se no sentido de que, havendo pacto, seria possível o anatocismo. Entretanto, ambos, como os demais Ministros, ressaltaram que a conclusão depende, ainda, de decisão acerca da constitucionalidade do art. 5º, e p. ún., da MP 2.170-36/2001. A posição do STF, apesar de não confirmada, é preocupante. De todo modo, enquanto pendente a manifestação sobre a constitucionalidade de referido dispositivo, tem-se a posição do STJ que, quanto aos juros remuneratórios, pode ser resumida da seguinte forma: a) podem ser cobrados, sem a limitação imposta pelo Decreto 22.626/1933, ou pelo CC; b) para serem cobrados, precisam ser contratados; e c) o critério comparativo para verificar se são abusivos é a taxa média de juros praticada no mercado. O que conduz seguinte problema: como é regulada a taxa média de mercado?

2.5.2.3. A taxa média de juros – inadequado critério de onerosidade

No Brasil, por omissão do CMN, não há regulamentação de taxas de juros. Conforme Antônio Carlos Efig³⁹⁶, o CMN deixou ao arbítrio de cada instituição financeira e aos fluxos de mercado a escolha da taxa de juros a praticar, e estas não poderiam ser mais díspares. Conforme divulgado pelo BCB, em dezembro de 2013³⁹⁷, para o cheque especial (pessoa física), o Banco Factor S.A. praticava juros³⁹⁸ de 1,46%, o Banco Santander (Brasil) S.A. de 10,56%. A CEF, 4,72%, o Banco do Brasil S.A., 6,49%, e o Banco Bradesco S.A., 7,95%. Já para a aquisição de veículos (pessoa física),

³⁹³ AgRg no REsp 714.410, 4ª T., j. 28.05.2005, rel. Min. Jorge Scartezini, *DJ* 22.08.2005.

³⁹⁴ *Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.*

³⁹⁵ REExt 582.760, Pleno, j. 05.11.2008, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 13.03.2009.

³⁹⁶ *Op. cit.*, p. 304.

³⁹⁷ A página eletrônica pode ser consultada aqui (acessada em 22.01.2013, às 17:15 horas): <http://www.bcb.gov.br/pt-br/sfn/infopban/txcred/txjuros/Paginas/default.aspx>

³⁹⁸ Os juros de todos os exemplos são praticados com capitalização, e indicados em taxas mensais.

a BMW Financeira S.A. – CFI praticava juros de 0,46%, e a Omni S.A. CFI, 3,59%. A CEF, 1,41%, o Banco do Brasil S.A., 1,55%, e o Banco Bradesco S.A., 1,70%. Para finalizar a exemplificação, em contratos de desconto de cheques (pessoa jurídica), o Todescredi S.A. – CFI praticava juros de 1,74%, o Banco Rendimento S.A., 6,50%. A CEF, 1,90%, o Banco do Brasil S.A., 2,84%, e o Banco Bradesco S.A., 2,87%.

O mercado brasileiro não é agente regulador tão bom, ao menos quanto às taxas de juros, e afora algumas operações específicas³⁹⁹, inexistente regulamentação sobre as taxas de juros. O BCB limita-se a divulgar mensalmente as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras, na forma da Resolução 3.658, de 17.12.2008 e da Circular nº 3.445, de 26.03.2009.

Idealmente, em um mercado bancário competitivo a taxa de juros seria reduzida, dado o interesse das próprias instituições em atrair investidores. No Brasil, entretanto, o sistema bancário é altamente oligopolizado, razão pela qual os juros são artificialmente mantidos em patamares escandalosamente altos, gerando estagnação econômica. Os baixos índices de crescimento da economia brasileira desautorizam qualquer outra conclusão. Fernando Nogueira da Costa e Gabriel Musso de Almeida Pinto⁴⁰⁰ apresentam estatística de que os seis maiores bancos múltiplos brasileiros, (Banco do Brasil S.A., CEF, Bradesco S.A., Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A., Banco Santander Brasil S.A. e HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo) detinham, em 2013, 75% de todo o crédito brasileiro. E, mais grave, se excluía a carteira de crédito do BNDS, os seis maiores bancos detêm 95% de todo o crédito brasileiro. Restando ainda mencionar que atuam como correspondentes do BNDS na concessão de algumas linhas de crédito, o que lhe possibilita angariar o consumidor, oferecendo-lhe serviços adicionais (seguro da operação, cartão de crédito, etc.).

Como todas as instituições financeiras mantêm os juros elevados, a taxa média – apurada através da análise da taxa de juros praticada individualmente pelas instituições financeiras, em cada uma das operações constantes no art. 3º, da Resolução 3.445/2009 – também acaba revelando-se alta. Resolver o problema da taxa média de juros é, em nível macro, um problema político-econômico. Entretanto, este problema pode ser enfrentado quando da análise de cada caso concreto, pois o direito fornece

³⁹⁹ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 306.

⁴⁰⁰ **Impactos da pressão para concorrência bancária no mercado de crédito brasileiro.** Texto para Discussão, Campinas: Unicamp, nº 215, fev. 2013, p. 07.

elementos normativos que permitem limitar práticas abusivas, no caso, cobrança de juros com taxas excessivas.

O uso da taxa média de mercado como parâmetro para aferir se os juros são abusivos, consideradas as altas taxas de juros praticados no Brasil, não se coaduna com a harmonização entre livre iniciativa, posta no art. 170, da CF, e defesa do consumidor, que é direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, V, da CF). Mais ainda, o art. 170, da CF, estabelece como finalidade da ordem econômica assegurar existência digna para todos. Significa dizer que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário, estão constitucionalmente autorizados para interferir na taxa de juros, de forma a adequá-la a patamares compatíveis com a capacidade de pagamento da população.

O STJ mantém entendimento de que a taxa de juros remuneratórios é considerada excessiva quando o percentual praticado é superior à taxa média praticada pelo mercado. Não há, entretanto, consenso da Corte sobre um específico percentual caracterizador da excessividade. No julgamento do REsp 466.979⁴⁰¹, o Min. Ruy Rosado de Aguiar teceu importantes considerações sobre a matéria para justificar a possibilidade de o Poder Judiciário rever as taxas de juros contratadas, através de uma crítica à liberdade de sua fixação. O voto merece que se debruce sobre o que lá se encontra anotado. No início, o Min. Ruy Rosado de Aguiar anota que a posição da Segunda Seção do STJ é de que a cobrança de juros remuneratórios segue o pactuado, conforme índices fixados pelo banco, tendo como limite a taxa média de mercado. Aponta a inexistência de controle administrativo e que as taxas de juros brasileiras são, do ponto de vista ético, inaceitáveis. Apresenta interessante argumento de que a Escola de Chicago prega a interpretação econômica do contrato, com absoluta submissão ao interesse do mercado. Registra a inadequação de tentar proibir o Poder Judiciário de corrigir excessos, só porque os excessos são praticados, massivamente, contra todos. Neste aspecto assinala que taxas de mercado seriam aceitas em um mercado onde existisse concorrência, com fiscalização estatal e reais possibilidades de escolha aos consumidores, o que, no Brasil, inexistente. E então afirma: *Se o Estado libera os juros e o Tribunal se recusa a afastar o abuso, algumas situações podem causar perplexidade.* Na sequência, apresenta uma série de julgados onde, por aplicação de juros às taxas de

⁴⁰¹ REsp 466.979, 4ª T., j. 22.04.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26.05.2003.

mercado, débitos tornaram-se impagáveis: a) um débito de US\$ 3.077.428,00 transformado em R\$ 247.000.000,00 (REsp 260.172); b) um débito de CR\$ 50.000.000,00, de uma distribuidora de flores do interior de São Paulo, em julho de 1992, equivalente a aproximadamente R\$ 50.000,00 em 2003, transformado em R\$ 4.332.835,15 (REsp 347.898); c) um débito de R\$ 18.000,00, de um pequeno agricultor, transformado em mais de R\$ 500.000,00, valor superior ao valor do imóvel rural de trinta e oito hectares, em virtude o financiamento de uma safra (AR 805); d) pedido de prisão de uma devedora de alienação fiduciária – na época, o STF ainda admitia a prisão civil – pelo financiamento de R\$ 6.000,00 (metade de um veículo GM/Kadet) em março de 1995, para R\$ 90.365,27, em novembro de 1996 (HC 14.333). Os casos arrolados são os que chegam ao STJ. Imagina-se a quantidade daqueles que não chegam ao Poder Judiciário, mas que sugam do cidadão o pequeno patrimônio, por vezes conquistado durante toda uma vida de trabalho.

Questionando sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir na relação contratual de modo a coibir os abusos, o Min. Ruy Rosado de Aguiar menciona que pelo Tratado de Roma, na Europa, a determinação das taxas de juros pelos próprios agentes econômicos é vedada; que em França e nos EUA é permitido que os tribunais eliminem parcelas indevidas; e na Alemanha as taxas de juros ao consumidor são limitadas a 4%⁴⁰². O Min. Ruy Rosado de Aguiar termina o argumento anotando que o crédito é objeto de regulação, pois é um fato histórico que a necessidade de dinheiro e a natural desigualdade entre os contratantes pode ensejar estabelecimento de regras que favoreçam o fornecedor e, quando tudo é permitido e liberado, ao necessitado do dinheiro não resta escolha, senão aderir a aceitar as taxas de juros que lhe são impostas.

Outra importante discussão ocorreu no REsp 139.343⁴⁰³. Tratava-se de

⁴⁰² Na Alemanha, conforme Luiz Antonio Scavone Junior (**Juros no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 70), a taxa de juros fixada pelo BGB é uma referência. Consta no § 246, a taxa de juros em 4%, que admite disposição em contrário. A taxa básica de juros é de 3,62%, mas muda no início de janeiro e de julho de cada ano. Esta taxa é utilizada para operações de refinanciamento do Banco Central Europeu, conforme § 247. Também a Itália, no art. 1.284, do CC, estabelece taxa de juros de referência de 10% ao ano (a Lei 353, de 26.11.1990, majorou a taxa de juros, que antes era de 5%). Em Portugal o CC autoriza contratar juros remuneratórios no patamar dos legais acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista, ou não, garantia real, taxando de usurárias as superiores (art. 1.146, 1, do CC de Portugal). Os juros remuneratórios podem ser contratados levando em conta os legais acrescidos de 7% ou 9%, acima daqueles (art. 1.146.2). Os juros legais são estipulados por portaria Conjunta dos Ministros da Justiça, das Finanças e do Plano (art. 559, 1). Sobre as limitações das taxas de juros em Portugal: PORTUGAL, Maria Cristina. **A usura nas instituições financeiras: o atual regime dos contratos de crédito em Portugal**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 83, p. 285-299, jul.-set. 2012.

⁴⁰³ REsp 139.343, 2ª S., j. 22.02.2001, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 10.06.2002.

execução de mútuo, com juros contratados de 51% ao mês, onde depois da contratação o credor passou a praticar juros mais baixos nas novas avenças. Discutiu-se sobre a possibilidade de rever o contrato, com aplicação da taxa média de mercado, ou das novas taxas de juros praticadas pelo credor. O Min. Aldir Passarinho Junior argumentou que ocorreu o inadimplemento em janeiro, e que em fevereiro acabaria o empréstimo, razão pela qual, nestes dois meses, o devedor pagaria 51% de juros. Depois, supôs que a taxa média de março fosse de 35%, 32% em abril, etc. Seriam estas as taxas de juros a aplicar ao devedor. Então supôs de que o credor, ao verificar a redução da taxa média de juros, em março reduzisse os juros de novos contratos de 51%, para 40%. Estaria, assim, criada uma anômala situação onde o devedor inadimplente pagaria, em março, juros de 35% (taxa média) e o devedor adimplente pagaria juros de 40%, no mesmo mês. A partir deste raciocínio, o Min. sugere, como solução, que para o período de inadimplência adotem-se as taxas praticadas pelo próprio credor, para contratos novos, respeitada, como teto, a taxa contratada. Até porque, argumenta, pode ser que a taxa de juros praticada pelo credor fique abaixo da taxa média em determinados meses, indicando que a adoção da taxa média poderá, em alguns casos, agravar a situação do devedor. Afirma, por fim, que não há sentido em aplicar uma taxa média para um contrato que é regido por uma taxa específica, e que é mais razoável utilizar as taxas praticadas pelo credor, o que evitaria, inclusive, alegação de prejuízo, ou enriquecimento sem causa, uma vez que é o banco quem fixa as taxas que pratica. Em diversos outros acórdãos, considerou-se onerosa a taxa de juros com base em diversos critérios diferentes⁴⁰⁴, chegando-se a determinar a adoção da SELIC⁴⁰⁵, como taxa substitutiva à contratada⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ REsp 977.789, 3ª T., j. 03.06.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 20.06.2008. Pode-se, ainda, citar: a) REsp 971.853, 4ª T., j. 06.09.2007, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 24.09.2007; b) REsp 327.727, 2ª S., j. 08.10.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 08.03.2004; e c) REsp 271.214, 2ª S., j. 12.03.2003, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 04.08.2003.

⁴⁰⁵ REsp 407.097, 2ª S., j. 12.03.2003, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 29.09.2003.

⁴⁰⁶ Conforme Antônio Carlos Efig (Op. cit., p. 309.), é obtida através do cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, com lastro em títulos públicos federais, cursadas na própria SELIC (no sistema) ou em câmaras de compensação e liquidação, na forma de operações compromissadas. O percentual da SELIC resulta da diferença entre o valor de compra e venda (ou revenda) dos títulos públicos, sendo que nesta apuração leva-se em conta a expectativa de inflação. Significa dizer, a SELIC contém, em seu cálculo, não só juros, mas também correção monetária. De se atentar, conforme Arnaldo Rizzardo (*Contratos de crédito bancário*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 370), que como a SELIC possui variação diária, é impossível estabelecer qualquer grau de previsibilidade quanto ao percentual que será atingido. Desta forma, não se presta para substituir a taxa de juros, em eventual ação que vise revisar ou readequar um contrato de crédito.

Apresentadas as posições do STJ, verifica-se que a taxa média de juros praticada no mercado se trata de um inadequado critério para aferir se um contrato de crédito é, ou não, oneroso. E, à luz do CDC, o critério afigura-se ainda mais equivocado. O art. 6º, V, do CDC, estabelece a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam relações desproporcionais ou, ainda, a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que tornem excessivamente oneroso o cumprimento do contrato. A primeira parte do artigo trata de autorizar a modificação de cláusula (ou cláusulas) do contrato em caso de relações desproporcionais. Há, no CDC, a eleição de um critério comparativo que tem sido ignorado pela jurisprudência, quando aprecia ações que envolvem alegação de juros abusivos. A desproporção deve ser analisada comparando as prestações contratuais a que fornecedor e consumidor obrigaram-se, de modo a ser mantido o equilíbrio. Ambos contratantes devem ter, por força do modelo de justiça e solidariedade contratuais impostos pelo CDC, equilibrados ganhos com o contrato.

O contrato nasceu como uma modalidade de troca de mercadorias onde cada agente busca, no outro, algo de que precisa e não dispõe, ofertando algo do que dispõe e não precisa (ou precisa menos), em uma relação de equivalência. Havendo a quebra da equivalência, ou seja, quando um contratante recebe mais do que entrega, surge o desequilíbrio contratual. Ao verificar a onerosidade ou o desequilíbrio adotando um parâmetro externo ao contrato, a taxa média de juros, ignora-se o consumidor. A taxa média de juros é obtida da soma e divisão das taxas de juros, praticadas pelas instituições financeiras, sem que exista participação do consumidor na formação desta. Ou seja, o parâmetro de comparação deixa de ser o consumidor e passa a ser o mercado bancário, em comparação com os juros contratados que, de regra, são impostos pela instituição financeira. Trata-se, enfim, de critério inseguro e, sob o ponto de vista do consumidor, injusto.

Por outro lado, tomando em conta que o parâmetro de comparação para verificar o desequilíbrio é a situação dos contraentes, possível analisar a vantagem que cada um obteve com o contrato, definida pelo montante de crédito concedido. Já a vantagem da instituição financeira apura-se através da análise do denominado *spread*, que é o nome genérico dado aos lucros dos bancos e que, no Brasil, segundo Rodrigo

Mendes Leal, Luiz Fernando de Paula e Henrique O. Massena Reis Junior⁴⁰⁷, entre 2000 e 2008, manteve-se acima de 30%.

O *spread*, aponta Antônio Carlos Efig⁴⁰⁸, é o acréscimo de risco às taxas de juros, que é calculada com base no risco país. O *spread* bancário representa a margem de ganho da instituição financeira, medida pela diferença entre o custo de um empréstimo concedido pelo banco para um tomador e a remuneração que é paga, pelo banco, para um poupador. A partir do *spread* bancário, torna-se possível calcular o *spread* líquido. No cômputo desta margem de ganho entram as despesas da instituição com: a) custos administrativos, que correspondem às despesas para manter a atividade, como p. ex., salários, honorários de profissionais liberais, treinamentos, pagamento de terceirizados, água, energia elétrica, comunicações, material de escritório, processamento de dados, publicidade, seguros, transporte, etc.⁴⁰⁹; b) depósito compulsório ao fundo garantidor de empréstimos⁴¹⁰, uma garantia aos clientes do sistema financeiro, em caso de quebra, intervenção ou liquidação extrajudicial da instituição, ou ainda, do reconhecimento da insolvência do banco, sendo que atualmente o depósito corresponde a 0,0125% do valor dos saldos das contas que registrem as obrigações correspondentes aos créditos garantidos pelo próprio FGE⁴¹¹; c) tributos, p. ex. IOF⁴¹², COFINS e PIS⁴¹³, CSLL⁴¹⁴ e IRPJ⁴¹⁵; d) custos de inadimplência, o que se faz por projeção estimativa, pelo percentual de inadimplência do passado, além dos instrumentos de recuperação de crédito oferecidos pela legislação, grau de burocratização dos procedimentos, celeridade da prestação jurisdicional⁴¹⁶, mecanismos extrajudiciais de cobrança, custos destes mecanismos, etc.; e) custos de direcionamento das operações, dado que, no Brasil, em virtude de políticas públicas de concessão de crédito para específicos segmentos da população e/ou da economia, há normativas

⁴⁰⁷ **Decomposição do spread bancário no brasil: uma análise do período recente.** Revista Economia, São Paulo: Ampec, nº 14, p. 29-60, jan.-abr. 2013, p. 34.

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, p. 325.

⁴⁰⁹ JANTALIA, Fabiano. *Op. cit.*, p. 140.

⁴¹⁰ Estabelecido pelo BCB através da Resolução nº 2.197, de 31.08.1995.

⁴¹¹ JANTALIA, Fabiano. *Op. cit.*, p. 142.

⁴¹² Fixado pela Lei 5.143, de 20.10.1966 e regulamentado pelo Decreto 6.306, de 14.12.2007.

⁴¹³ Lei Complementar 70, de 30.12.1991

⁴¹⁴ Lei 7.689, de 15.12.1988.

⁴¹⁵ Lei 9.249, de 26.12.1995.

⁴¹⁶ TALAVERA, Glauber Moreno. *Op. cit.*, p. 141.

determinando, p. ex., concessão de microcrédito e concessão de crédito para a agricultura⁴¹⁷; e f) margem líquida de juros efetivos da operação⁴¹⁸.

O *spread* líquido representará o lucro da instituição financeira, considerados os fatores logo acima delineados. Note-se, e este é um dado importante, que o *spread* líquido resulta do *spread* bancário. E este é fixado tendo em conta todos os fatores componentes do *spread* líquido, ou seja, custos de todas as naturezas incidentes sobre a operação, projeção de lucro e há, ainda, acréscimo de um percentual referente ao risco que, entretanto, nem sempre se concretiza. Assim, quando não há inadimplência, o percentual referente ao risco torna-se lucro líquido⁴¹⁹. Além do risco, outro componente do *spread*, conforme aponta Fabiano Jantalia⁴²⁰, é a demanda por moeda. Em um mercado onde há mais demanda que oferta, o concedente pode dar-se ao luxo de majorar sua margem de lucro, em relação ao crédito que se pretende tomar. Daí a importância do incentivo à concorrência no setor bancário.

De tudo quanto ficou anotado sobre correção e juros, verifica-se que, no Brasil: a) há um oligopólio formado pelos principais bancos; b) as taxas de juros estão entre as mais altas do mundo; e c) os lucros dos bancos possuem média superior a 30%.

É neste mercado de crédito, e com este entendimento temerário do Poder Judiciário quanto à onerosidade dos contratos de crédito, que o consumidor brasileiro está inserido e, mais grave, bancarizado.

2.5.3. Ainda a sociedade de consumo

A contradição entre capital e consumo se agrava pela existência de uma poderosa rede de comunicação, que despeja sobre cada indivíduo uma multiplicidade de influências superpostas, oriundas de todos os lugares do globo⁴²¹, produzindo desejos, expectativas e decepção⁴²². Além das necessidades básicas que conduzem ao consumo,

⁴¹⁷ O que é permitido pela Lei 4.595/1964

⁴¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 58.

⁴¹⁹ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 325.

⁴²⁰ *Op. cit.*, p. 143.

⁴²¹ SANTOS, Milton. **Pensando o espaço do homem**. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2004. p. 27.

⁴²² LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção**. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2007. p. 05.

a interferência psicológica criada pela publicidade⁴²³ influencia na mínima esfera decisória do cidadão, de comprar ou não comprar. Isto quando é possível a escolha entre pegar ou largar, a única ainda dada ao consumidor.

A sociedade de consumo gerou duas consequências. A primeira é marginalizar todos aqueles que não se encontram aptos para serem consumidores. Nenhuma novidade quanto à exclusão social atingir os pobres. É reproduzida de forma atualizada, a lógica de John Locke, de que os excluídos não são vítimas, mas incompetentes em desempenhar o papel que lhes é reservado. Tal qual eram os que não tinham acesso ao trabalho, preguiçosos ou vagabundos⁴²⁴, agora o são os consumidores.

A segunda consequência é a exploração financeira do consumidor. O consumidor tem pouca ou nenhuma informação sobre as formas de produção do que pretende consumir. Não tem condições de compreender como ocorre a formação do preço a pagar. Quando contrata sem conhecer com clareza os termos pelos quais se obrigou, muitas vezes assume obrigação superior ao proveito econômico que o produto ou serviço representa (liberdade em contratar?).

Aliado a esta forma primária de exploração econômica, o contrato de crédito agrava a situação. Além de adquirir um produto que lhe é vendido por valor normalmente superior ao real e de assinar um contrato que não conhece e compreende, o consumidor, quando carece do crédito para a aquisição do produto, acaba sendo duplamente explorado, pois contratar crédito significa novamente pagar por um serviço cujo valor real lhe é uma incógnita. Também significa novamente contratar por adesão, aceitando que lhe sejam impostas cláusulas contratuais não compreendidas e nem esclarecidas.

Este retrato da exploração, que gera uma indevida transferência de riqueza do consumidor para o fornecedor, decorre, em parte, da ideologia liberal de que os contratos obrigam de modo absoluto. As consequências jurídicas são a desigualdade

⁴²³ Mais grave quando a publicidade não pode ser identificada com tal, como no caso da publicidade invisível (consumo de produtos por atores de novela, p. ex.), conforme alertam Antônio Carlos Efig, Fernanda Mara Gibran e Laís Gomes Bergstein (**A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 91-116, jan.-mar. 2012, p. 98).

⁴²⁴ Rudolf Von Ihering (*Op. cit.*, p. 53) a partir de sua concepção de alavancas do movimento social, sustenta que a coação é, psicologicamente, a posição mais baixa, anotando: *Numa perspectiva psicológica, a recompensa já se posiciona em um degrau acima, porquanto apela para a liberdade do sujeito, espera seu sucesso exclusivamente em função de sua livre decisão. No homem indolente, frustra-se sua finalidade, enquanto a coação tem assegurado seu poder mesmo sobre ele, pois que ela, quando 'mecânica', exclui inteiramente a liberdade e, quando 'psicológica', a restringe.*

social e a exploração econômica. Para afirmar concretamente que ocorre exploração econômica através do crédito é preciso compreender que a atividade creditícia opera a partir do que se denominou de financeirização da economia, que deu origem à bancarização dos contratos.

A acumulação do capital ocorreu pela exploração do trabalho. Entretanto, na medida em que o acúmulo é maior quando há investimento em ativos capazes de gerar renda, e não na produção, o capital passa a ser transferido a atividades especulativas, controladas por bancos. Grandes empresas reúnem-se em holdings, tornando-se transnacionais e a atividade financeira, globalizada, não mais serve exclusivamente à atividade produtiva, mas à aplicação em ativos, onde a possibilidade de lucro é maior⁴²⁵. A sequência da atividade econômica, conforme Milton Santos, não é mais produção-capital-produção, mas capital-produção-capital. Não por outro motivo, a contratação de crédito se vincula à atividade bancária. Segundo levantamento realizado pela Boa Vista Serviços, 72% da população é bancarizada. Parte do acesso ao crédito que se dá através da bancarização, refere-se a compras aprazadas ou a crediários. E outra parte a financiamentos ou empréstimos tomados junto a instituições financeiras. O acesso ao crédito deixou de ser artigo de luxo e tornou-se cotidiano da população. Pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo⁴²⁶, indica que em novembro de 2011, 59% das famílias brasileiras possuía algum tipo de dívida, que 20% estava com débitos atrasados, e 7,3% não teria condições de quitá-los.

Em que, entretanto, bancarização e endividamento da população ligam-se? Segundo o Censo de 2010⁴²⁷, os 10% mais ricos da população brasileira possuem 44,5% de toda a renda. E os 10% mais pobres apenas 1,1% da renda. Outro dado importante é o de que 43,7% dos brasileiros integrados ao mercado de trabalho recebem o equivalente a um salário mínimo mês. Outros 30% recebem entre um e dois salários mínimos mês. No total, 73,7% da população não recebe mais que o equivalente a dois salários mínimos mensais, podendo receber menos. Ainda, 10% recebe o equivalente

⁴²⁵ Fábio Konder Comparato (*Op. cit.*, p. 254) aponta estimativa que indica que em 1997, o conjunto de transações financeiras em todos os países representava quinze vezes o PIB mundial e, em 2001, equivalia a 70 vezes o total da produção mundial. Em 2007, conforme aponta António José Avelãs Nunes (**A crise atual do capitalismo**. São Paulo: RT, 2012, p. 29), o volume das transações financeiras atingiu valor equivalente a 70,3 vezes o PIB nominal mundial.

⁴²⁶ Dados acessados em 04.12.2011, às 10:00 horas na página eletrônica: http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/peic_novembro_11_graficos.pdf.

⁴²⁷ Dados consultados na página eletrônica <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>, acessada em 03.12.2011, às 14:00 horas.

entre dois e três salários mínimos mês. Recebem o equivalente entre três a cinco salários mínimos 8% dos brasileiros integrados ao mercado de trabalho. A faixa entre cinco a dez salários mínimos é reservada para 5,7% do total de empregados. E a faixa superior a dez salários mínimos abrange apenas 2,6% da população economicamente ativa.

Além disso, segundo dados do Datafolha⁴²⁸, 46% dos brasileiros possuem renda familiar de até R\$ 1.356,00⁴²⁹, ou seja, dois salários mínimos, já que o salário mínimo, em 2013, tinha valor de R\$ 678,00⁴³⁰. E 20% das famílias tinha renda de até R\$ 2.034,00⁴³¹. A pesquisa trata da renda familiar, devendo ser considerado que, em uma família, mais de uma pessoa, em regra, trabalha.

Segundo o DIEESE⁴³², o salário mínimo necessário, em dezembro de 2013, deveria ser de R\$ 2.765,44⁴³³. Desta forma, considerando que 83,7% da população inserida no mercado de trabalho recebe mensalmente valor equivalente entre um e três salários mínimos vigentes, e 8% recebe o equivalente entre três e cinco salários mínimos, tem-se que 91,7% da população que trabalha, recebe menos ou poucos reais a mais que o valor necessário para uma vida capaz de seguir os ditames do art. 7º, IV, da CF. Este dado supõe que os serviços públicos sejam bem prestados.

A situação de miserabilidade da população, os níveis de endividamento, decorrentes em boa parte da insuficiência salarial e os lucros dos bancos, evidenciam que há, no Brasil, exploração econômica da população.

2.5.4. Crédito e endividamento – transferência indevida de riqueza

A busca por uma sociedade que privilegie a dignidade humana é um fundamento do estado brasileiro (art. 1º, III, da CF). Dentro das sociedades que optaram pelos valores do liberalismo, conforme Enzo Roppo⁴³⁴, o contrato foi o instituto jurídico

⁴²⁸ Página eletrônica consultada em 19.01.2014, às 17:00 horas: <http://datafolha.folha.uol.com.br>

⁴²⁹ Equivalente a dois salários mínimos

⁴³⁰ Conforme art. 1º, do Decreto 7.872, de 26.12.2012.

⁴³¹ Equivalente a três salários mínimos

⁴³² Dados consultado na página eletrônica do DIEESE, acessada em 19.01.2014, às 17:19 horas: <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>

⁴³³ O salário mínimo, na época da pesquisa do DIEESE, equivalia a R\$ 678,00, (art. 1º, do Decreto 7.872, de 26.12.2012), e o salário mínimo ideal equivalia a 4,07 salários mínimos vigentes.

⁴³⁴ *Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de 'estado', que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma, da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto,*

criado para proporcionar a libertação do cidadão das amarras do estado, fazendo com que se passasse a respeitar a vontade do cidadão.

Desta forma, o contrato é o instituto que melhor retrata os valores do liberalismo. Tem na manifestação de vontade sua gênese e legitimação⁴³⁵. O conteúdo do contrato, uma vez fixado pelo acordo de vontades, não poderia ser alterado, a não ser em situações excepcionais⁴³⁶. O problema da teoria liberal é considerar que os contratantes são iguais, mas raramente há igualdade material.

O contrato, em decorrência das diferenças materiais (ou de fato), passou a ser utilizado como vetor de exploração econômica. Exploração que retrata a constante contradição em que se encontra a sociedade de consumo, enquanto inserida num estado constitucional, onde se fixou o dever estatal de assegurar ao cidadão liberdade de iniciativa, garantindo o livre mercado como sistema de organização socioeconômica. Mas, além do livre mercado, o estado deve assegurar digna condição de vida, que propicie satisfação das necessidades básicas, além da chance de participar ativamente da vida em sociedade⁴³⁷, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades socioeconômicas (art. 3º, da CF). Trata-se de tentar conciliar um modelo de estado social, com um modelo capitalista⁴³⁸, que importa no desafio de evitar a dominação de classes econômicas⁴³⁹.

Uma primeira premissa é a de que o cidadão precisa, seja em vista das

restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado – da abstracta possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade. (Op.cit., p. 36).

⁴³⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 54.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 63.

⁴³⁷ SORJ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 28.

⁴³⁸ Chamado de liberal-social por Eros Roberto Grau (*Op. cit.*, p. 187).

⁴³⁹ Conforme José Afonso da Silva (**Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 766): *Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um ‘sopro de socialização’. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o ‘modo de produção capitalista’, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.*

características da sociedade, seja pela ineficiência do estado⁴⁴⁰, consumir bens e serviços. A segunda premissa é a de que o cidadão não possui remuneração capaz de lhe garantir o consumo de todos os bens e serviços dos quais precisa.

O crédito é, portanto, a forma contratual apta a garantir acesso a bens e produtos necessários. Em sua gênese, não era democratizado, nem possibilitava acesso a produtos e serviços. Mas nos moldes atuais, deixou de ser um direito a saque de um bem depositado. Passou a servir como mecanismo que impulsiona a sociedade⁴⁴¹. Sem o crédito, a pirâmide de promessas sobre a qual se funda a ordem econômica ruiria. Em termos jurídicos, sem o crédito, o cidadão assalariado não teria condições, nos atuais moldes sociais, de obter os bens e serviços indispensáveis para a vida diária.

Na medida em que o estado atentou para esta característica socioeconômica, passou a atuar em relação ao crédito, podendo-se listar: a) regulamentação; b) tributação; c) uso para atuar na atividade econômica; d) uso para realizar políticas públicas; e) distribuição de verba orçamentária; e f) captação de recursos.

É enorme o cabedal legislativo que regulamenta as mais variadas formas de contratação do crédito. Exemplificativamente cita-se a existência de legislação específica para títulos de crédito⁴⁴², para agricultura⁴⁴³, comércio⁴⁴⁴ e indústria⁴⁴⁵, para contratos destinados aos bancos⁴⁴⁶, para aqueles ao consumidor final⁴⁴⁷ e para a

⁴⁴⁰ Conforme John Rawls, as duas virtudes capitais das instituições são a justiça e a eficiência, entendida esta como efetividade em lograr determinados objetivos sociais cujo cumprimento beneficia a todos. (*Justicia como equidad*. Trad. Miguel Ángel Rodilla. Madri: Editorial Tecnos, 2012, p. 158).

⁴⁴¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. **Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento**. In: Direitos do Consumidor Endividado. Coord. Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: RT, 2006. pp. 192.

⁴⁴² A título de exemplo: a) Decreto 2.044, de 31.12.1908 e e Decreto 57.663, de 24.01.1966, que dispõem sobre a letra de câmbio e a nota promissória; b) Lei 5.747, de 18.07.1968, que dispõe sobre as duplicatas; e c) Lei 7.357, de 02.09.1985, que dispõe sobre o cheque.

⁴⁴³ A título de exemplo: a) Decreto-Lei 167, de 14.02.1967, que dispõe sobre os títulos de crédito rural; e b) Lei 8.929, de 22.08.1994, que dispõe sobre a cédula de produto rural; e c) Lei 9.138, de 29.11.1995, que dispõe sobre o crédito rural.

⁴⁴⁴ Lei 6.840, de 03.11.1980, que dispõe sobre a cédula de crédito comercial.

⁴⁴⁵ A título de exemplo: a) Decreto-Lei 413, de 09.01.1969, que dispõe sobre os títulos de crédito industrial; b) Lei 6.313, de 16.12.1975, que dispõe sobre os títulos de crédito à exportação.

⁴⁴⁶ Lei 10.931, de 02.08.2004, inconstitucional, mas que dispõe, entre os arts. 26 a 45, sobre a CCB.

⁴⁴⁷ Em acepção estrita, o consumidor final pode firmar uma série de contratos de crédito, listando-se, p. ex.: a) o arrendamento mercantil (Leis 6.099, de 12.09.1974 e 11.649, de 04.04.2008); b) a alienação fiduciária (Decreto-Lei 911, de 01.10.1969, que alterou o art. 66, da Lei 4.728, de 14.07.1965 e Lei 9.514, de 20.11.1997); c) o crédito consignado (Lei 10.820, de 17.12.2003); e d) o crédito imobiliário (Leis 4.380, de 21.08.1964 e 9.514, de 20.11.1997).

atividade ambiental⁴⁴⁸. Isto para falar apenas em crédito regulamentado. Há, ainda, a usura, proibida pela legislação, mas comumente praticada entre particulares. A prática, inclusive, levou à edição da MP 2.172-32, de 23.08.2001⁴⁴⁹, que considera nulo o contrato de mútuo que: a) fixe taxa de juros superiores às legalmente permitidas; b) com base em estipulações usurárias, gere lucros excessivos, se o contrato não for regulamentado pelas legislações comercial e de defesa do consumidor. Também estabelece que são nulas as disposições contratuais utilizadas para garantir, direta ou indiretamente, estipulações usurárias (art. 2º)⁴⁵⁰. Autoriza a inversão do ônus da prova em favor do devedor, cabendo ao credor provar a regularidade da operação, quando o devedor, ou as circunstâncias do caso, demonstrarem verossimilhança das alegações de usura (art. 3º). O art. 4º exclui da abrangência da MP as instituições financeiras.

Uma vez regulamentado o crédito, inclusive pelo CDC⁴⁵¹, tornou-se possível ao fornecedor organizar-se, tanto para cumprir o CDC, quanto para não cumpri-lo. Histórica é a rebelião dos agentes financeiros contra o CDC, o que culminou na ADIN 2591.

A segunda forma encontrada pelo estado para atuar em relação aos contratos de crédito, foi utilizando-os em políticas públicas. O crédito apresenta vantagens ao estado, afinal propicia a transferência do atendimento à população para a iniciativa privada. A iniciativa privada acaba, assim, intermediando políticas públicas, tanto para possibilitar o desenvolvimento socioeconômico através do financiamento de atividades privadas, quanto para realizar a redistribuição de renda.

Com o capitalismo ocupando o lugar de sistema econômico prevalente, os meios pelos quais se passou a buscar o desenvolvimento a países e populações, adaptaram-se ao sistema capitalista. Políticas internas e mesmo as externas passaram a utilizar o crédito para de fomentar desenvolvimento, como aponta Joseph E. Stiglitz⁴⁵². Estados e organismos internacionais, (principalmente FMI e Banco Mundial)

⁴⁴⁸ A Lei 12.651, de 25.05.2012, que dispõe, no art. 3º, XXVII, sobre créditos de carbono e, no art. 41, II, a, condiciona a obtenção de crédito agrícola com limites e prazos maiores que os praticados no mercado, atrelado à compensação por medidas de conservação ambiental.

⁴⁴⁹ Ainda válida e vigente, em virtude do art. 2º, da EC 32, de 11.09.2001.

⁴⁵⁰ É o caso dos contratos onde ocorre o que Claudia Lima Marques (*Op. cit.*, p. 1182) denomina *negociação sanadora*, ou seja, instituições financeiras renegociam contratos antigos, onde havia abuso, por novos, sem previsão de abuso, mas que, no valor final, já incorporaram o resultado dos abusos praticados nos contratos renegociados.

⁴⁵¹ Regras cogentes e de interesse social (EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 75).

⁴⁵² STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 61.

incentivaram o uso do crédito como meio de alavancar as economias. No Brasil não foi diferente. Conforme aponta Bernard Sorj⁴⁵³, uma série de políticas públicas visou garantir o acesso ao crédito para criar condições para as pessoas desenvolverem-se economicamente e, depois, nos demais aspectos da vida⁴⁵⁴. Além de políticas públicas concessivas de crédito que se realizam através do sistema financeiro, o próprio sistema participa, privadamente, da atividade concessiva de crédito.

O crédito, ao configurar-se como meio de acesso a bens e serviços indispensáveis e a também políticas públicas, e ao estar regulamentado, tornou-se um direito do cidadão. Preenchidos os requisitos objetivos posto na legislação, o crédito não pode ser negado a quem o pretende. Ou, tomando por base o CDC, se o consumidor que pretende o crédito não apresenta restrição cadastral, tem o direito de tomá-lo.

Se o crédito é um direito, o exercício deste não deve gerar desequilíbrio entre os contratantes. De nada adianta garantir o direito de crédito sem garantia do exercício do direito, com respeito aos valores socioeconômicos e ambientais postos na CF. Uma vez que o crédito é concedido via contrato, a manifestação de vontade informada e livre obrigará as partes, desde que o contrato apresente equilíbrio das prestações. Afinal, o contrato é influenciado por valores constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana, viabilizada, no caso, por três princípios contratuais: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos⁴⁵⁵ e o equilíbrio econômico⁴⁵⁶, que resultam no solidarismo, princípio orientador das relações jurídicas, e capaz de gerar conduta social que se funda na busca pelo bem-estar de todos e preservação do meio ambiente, conforme Antônio Carlos Efig⁴⁵⁷.

A força normativa do contrato, aplicada a partir da orientação do solidarismo, possibilita apresentar soluções que evitem desvirtuar o crédito. A consequência é minorar o desequilíbrio contratual e desenvolver mecanismos de controle para que o contrato de crédito cumpra a função constitucional de proporcionar vida digna ao cidadão e auxiliar o desenvolvimento socioeconômico.

⁴⁵³ SORJ, Bernardo. *Brasil@povo: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 146.

⁴⁵⁴ Muhammad Yunus, (*Criando um Negócio Social*. Trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), fornece uma série de exemplos de como o crédito fornecido com responsabilidade é capaz de promover soluções para grandes problemas socioeconômicos e ambientais.

⁴⁵⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9-74.

⁴⁵⁶ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 97.

⁴⁵⁷ *Op. cit.*, p. 249.

3. CONSUMIDOR E RELAÇÕES DE CONSUMO DE CRÉDITO

3.1. Liberdade, Igualdade e Solidarismo

No primeiro capítulo buscou-se demonstrar que o contrato, como formatado pelo liberalismo, apresentava dois elementos objetivos, a igualdade formal entre os contratantes e a liberdade de contratar (negociar e fixar as cláusulas contratuais) e um elemento subjetivo, a vontade, conduzida pelo autointeresse, ou seja, um pensamento racional do indivíduo voltado a obter, com o contrato, vantagem para si, o que originava (e orientava) a própria manifestação de vontade.

Na medida em que se presumia que a manifestação de vontade decorre de um pensamento racional, onde reflexivamente foram sopesados prós e contras em favor próprio, e que antes de ser manifestada a vontade houve livre negociação, atribuiu-se aos contratos força de lei, sendo criadas penalidades (na lei) aplicáveis ao contratante que descumprisse o pacto.

A esta construção argumentativa (que se transformou em dogma de difícil confrontar) apresentou-se a ressalva de que autointeresse e racionalidade não são sinônimos. Se é certo que se pode racionalmente agir por autointeresse, não menos certo é que também se pode racionalmente agir sem autointeresse, ou seja, em prol de terceiros, ou do bem comum, independentemente de haver vantagem pessoal. Esta linha de raciocínio é desenvolvida por Amartya Sen, sendo necessário repassar alguns importantes pontos da argumentação do Autor.

O primeiro argumento utilizado para superar o mito da sinonímia de racionalidade e autointeresse, é o de que a racionalidade é limitada, ou seja, as pessoas também agem por paixão ou impulso. Mesmo nas hipóteses em que deveriam agir racionalmente, podem fazer a escolha de forma não racional dado que: a) não sabem que informação obter para realizar a escolha; b) mesmo possuindo a informação, não sabem como utilizá-la; c) pode haver o que os gregos denominaram de *akrasia* (fraqueza da vontade), ou seja, a pessoa sabe o que deve fazer, mas ainda assim deixa de agir, ou de não agir¹; e d) podem haver interferências externas que atuam sobre a pessoa, influenciando-a na escolha. Estes desvios do comportamento racional,

¹ **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 210.

entretanto, pressupõem um tipo ideal de racionalidade, vale dizer, que todos possam chegar ao mesmo consenso sobre qual é a escolha racional, em determinado caso².

Esta observação leva a um segundo argumento. A racionalidade, intrinsecamente, é um conceito interpretativo. O que pode ser considerado uma escolha irracional para uma pessoa, pode ser uma escolha perfeita (e racionalmente justificável) para outra³. Ou seja, o que para uma pessoa pode ser fútil ou estúpido, para outra pode ser uma escolha perfeitamente racional⁴.

Estabelecer critérios para definir o que é um comportamento racional, entretanto, não é o ponto de enfoque que se pretende seguir. Parte-se da pressuposição de que as pessoas não são alienadas da exigência de racionalidade. Em outras palavras, admite-se que, em certas ocasiões, as pessoas não se comportarão racionalmente, principalmente em ocasiões rotineiras. Nestes casos, a ação racional gerada a partir de um pensamento reflexivo sobre o que se está a fazer, é pressuposta, isto é, a ação é realizada ou repetida, porque em um momento anterior o ator já refletiu sobre⁵. Mas também se admite que, para ocasiões especiais, as pessoas possuem ciência de que devem comportar-se racionalmente, ou seja, devem realizar a necessária reflexão antes de tomar decisões. Ainda que esta reflexão possa, conforme apontado, apresentar imperfeições.

Tentando fixar quais são as exigências da escolha racional economistas desenvolveram a denominada teoria da escolha racional que, segundo Amartya Sen⁶, ganhou popularidade na política e no direito. Esta teoria, fundada na maximização do autointeresse, sustenta que as pessoas deixam de ser racionais quando não buscam, inteligentemente, apenas seu próprio autointeresse. Segundo a teoria da escolha racional, para as escolhas que ocorrem fora da rotina, não bastaria escolher o que se tem

² Pierre Bourdieu (**Razões práticas: sobre a teoria da ação**. 9. ed. Trad. Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996, p. 153) trabalha com a tendência de universalização da razão como forma de dominação, a partir do questionamento sobre poder haver um ato desinteressado, sustenta que a universalização é o fundamento de toda ideologia particular e que a razão está, historicamente, ligada a obter vantagem. Entretanto, não descarta a ação desinteressada, principalmente em relações não econômicas.

³ SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 211.

⁴ Como optar por não cursar uma faculdade e dedicar-se ao comércio informal numa praia, para ficar junto ao mar, ao invés de cursar uma faculdade e, depois, permanecer trabalhando, fechado em uma sala durante oito ou mais horas diárias, enfrentar trânsito, aglomeração de pessoas no transporte público, etc. e, depois de trinta e cinco anos, aposentar-se para..., viver na praia?

⁵ Isto claro, foi possível com a superação da vida em pequenas comunidades, onde a ação nem sempre pressupunha reflexão, dada a prática das ações por obediência e/ou tradição.

⁶ *Op. cit.*, p. 212.

razão (própria) para escolher por um sentimento instintivo, p. ex., ainda que se estivesse plenamente convencido da excelência da escolha. A escolha racional decorreria da investigação das razões subjacentes à escolha e da análise de, se as razões sobrevivem a um exame crítico, baseada em raciocínio minucioso (reflexão adequada), levando em conta as informações disponíveis e/ou buscando informações complementares. Já para as escolhas rotineiras, bastaria que a escolha, passando por uma análise crítica, se mantivesse sustentável. Neste caso, as razões da escolha decorreriam da experiência ou do hábito (sem deixar de considerar, todavia, o risco do engano decorrente de velhos hábitos frente novas circunstâncias). Uma escolha que não respeite tais padrões não poderia ser tida por racional.

Sobre o altruísmo, os defensores da teoria da escolha racional sustentam que ainda assim haverá busca pelo autointeresse. Se uma pessoa, por entender doloroso viver numa sociedade desigual, tenta reduzir as desigualdades, ainda assim agirá por autointeresse, buscando tornar a vida mais suportável para si, através da tentativa do combate à desigualdade⁷. Há, na teoria da escolha racional, uma função utilitária, que é a suposição de que, melhorando sua própria vida, a pessoa contribuirá para melhorar vidas de outras pessoas. O problema a que se chega é o mesmo do liberalismo, ou seja, o de que não se admite que sejam feitas escolhas racionais, sem autointeresse.

À ideia de obter benefício próprio através de ações sensíveis ao próximo, Amartya Sen contrapõe o que chama compromisso, que representa a escolha da ação desvinculada da promoção do autointeresse e do bem-estar. O Autor exemplifica com a hipótese de alguém escolher ajudar a remover a miséria alheia, muito embora esta não lhe cause qualquer sofrimento. A opção, inclusive, muitas vezes exige custo pessoal⁸. Neste caso, ainda que o comportamento não promova o autointeresse, impossível lhe taxar de irracional.

Além disso, fundamentado em John Rawls⁹, Amartya Sen sustenta que as escolhas racionais podem ser feitas com base em obrigações morais e ideais que

⁷ *Ibid.*, p. 213.

⁸ *Ibid.*, p. 222. A argumentação também é apresentada na obra *Desenvolvimento como liberdade* (cit., p. 306).

⁹ Amartya Sen refere-se à concepção política de pessoa de John Rawls. Na edição brasileira de **O liberalismo político** (Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011), a discussão se encontra entre as páginas 34 e 41. Sobre a proteção de consumidores a partir de John Rawls: BORBA, Mauro; OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 129-147, out.-dez 2012. p. 135-137.

denomina valores¹⁰. E destaca que o papel dos valores é vasto, sendo que negar o fato de que interferem nas escolhas, equivaleria afastar-se da tradição do pensamento democrático (o que dizer sobre patriotismo, p. ex.?). Afirma que é a razão que permite levar em consideração o autointeresse, mas também as obrigações¹¹. Não há irracionalidade, afirma Amartya Sen¹², em seguir regras de conduta impostas a todos (inclusive aquelas às quais não está atrelada nenhuma sanção), ainda que tais regras restrinjam o domínio da busca por objetivos próprios.

A partir daí, o Autor apresenta o interessante argumento sobre seguir as normas (costumeiras, morais, positivadas, etc.) e permitir que os outros também persigam seus interesses, a partir de restrições ao interesse próprio. Para tanto, exemplifica com a hipótese de dois cidadãos estarem, em um avião, sentados lado a lado. O cidadão sentado na poltrona do meio pede àquele que está na janela para fechar o quebra-sol, já que a luminosidade atrapalha o uso do computador utilizado pelo cidadão para jogar alguma espécie de jogo. O cidadão sentado na janela, ainda que conheça o jogo e julgue-o inútil e uma perda de tempo, e ainda que entenda o cidadão do corredor deveria inteirar-se das notícias lendo um jornal, acaba fechando o quebra-sol. Apesar de o cidadão da janela considerar irracional a opção daquele do corredor em jogar um jogo de computador ao invés de ler as notícias, não há razão para supor que agiu irracionalmente. Afinal, acabou por auxiliar o cidadão do corredor a perseguir seu bem-estar. Daí o Autor conclui que agir com observância do compromisso representa seguir um comportamento aceitável – às vezes generoso –, que restringe a tendência a ser guiado exclusivamente pela promoção de interesses próprios, independentemente do impacto sobre os demais. Ser atencioso com desejos e objetivos de outras pessoas, portanto, não pode ser visto como violação da racionalidade¹³. Anota-se que pode caracterizar um ato de solidariedade.

O compromisso, apesar de justificar, em alguns aspectos, a conduta

¹⁰ A partir daí, o Autor apresenta o argumento sobre a capacidade humana de levar o tipo de vida que, com razão, é valorizada individualmente, o que proporciona uma visão de desenvolvimento diferente da costumeira, medida pelo produto nacional bruto. Esta linha argumentativa não é abordada neste trabalho, mas deve-se destacá-la, porque serve à análise de questões multiculturais. Sobre o tema, especialmente no capítulo dois: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. (cit.). E, especialmente nos capítulos seis, oito e nove: SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

¹¹ SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 309.

¹² *Op. cit.*, p. 225.

¹³ *Ibid.*, p. 226.

racional, opera subjetivamente, ou seja, se trata de conduta que exige reflexão (não autointeressada) do indivíduo. A este argumento da ação racional, Amartya Sen soma outro, relacionado a terceiros, que denomina de razão imparcial. A razão imparcial significa agir por razões devidamente motivadas que, apresentadas aos demais, não poderiam ser rejeitadas. O pressuposto é o de que a situação socioeconômica (no sentido mais lato que se possa atribuir ao termo) é variável, como também variam os pontos de vista e mesmo as considerações sobre o que é, ou não, racional. A razão imparcial exige a apresentação de argumentos que façam com que o outro se coloque na condição do agente, para que possa compreender os motivos da ação, ou seja, faz com que o outro assuma o ponto de vista do agente. Aqui, conforme aponta o Autor, há espaço para as exigências éticas¹⁴, que podem conduzir a um comportamento cooperativo. A partir da compreensão das razões do outro, é possível agir de modo a auxiliá-lo na consecução dos objetivos, já que, através da razão imparcial pode-se definir como racional e justificada a ação.

A este argumento, por fim, Amartya Sen acrescenta um último, inspirado em Buda, que afirma que o ser humano tem responsabilidade em relação aos animais em virtude da assimetria, e não por qualquer simetria que leve à cooperação para chegar a um benefício comum. Quer com isso afirmar que, se alguma ação pode ser empreendida para criar uma situação mais justa, este é o argumento suficiente para que a ação seja realizada¹⁵. A assimetria entre agentes gera o dever de cooperação, sendo este um argumento racional para que a ação ocorra, mesmo quando a cooperação não resulte em benefício para o agente.

É certo, tratando de contratos de crédito, que não se pretende que o fornecedor abstenha-se da busca do lucro. O que se pretende é demonstrar que o lucro (autointeresse) não pode ser colocado como fim justificador dos meios, de modo a subjugar o parceiro contratual que se encontra em situação de vulnerabilidade aos interesses do fornecedor. Se o contrato é um meio de promover o autointeresse, deve sê-lo para ambos contratantes. Havendo situação assimétrica, impõe-se ao contratante que se encontra em posição de dominância o dever de cooperação.

A questão a responder, partindo da consideração de que a cooperação é uma forma de agir racional, é: é possível impor um comportamento cooperativo aos

¹⁴ *Ibid.*, p. 232.

¹⁵ *Ibid.*, p. 240.

contratantes? Em que momento da relação contratual este comportamento pode ser imposto?

Para responder a questão, antes é preciso (novamente) retornar aos dois elementos objetivos dos contratos: igualdade e liberdade. A igualdade formal entre os contratantes é um argumento do liberalismo que se encontra, de muito, superado. Não mais se põe em dúvida que há desigualdade material entre as pessoas em relação às demais, e entre as pessoas e as instituições públicas e empresas privadas, principalmente as grandes empresas. A desigualdade material, assim, deve estar incluída na conceituação do elemento contratual igualdade. O pressuposto não é de que os contratantes se encontram em situação paritária, mas em situação assimétrica, e que assim devem ver-se e reconhecer-se mutuamente. O contratante em situação de superioridade deve atentar ao contratante vulnerável e ter ciência de que o cumprimento do contrato, para o vulnerável, envolve mais dificuldades do que para o contratante superior. A partir daí, sua atuação contratual deve primar pela redução desta dificuldade, a ocorrer através da cooperação, ou seja, de um agir destinado ao auxílio do co-contratante.

Não se pretende, atente-se, substituir a igualdade pela desigualdade, como um dos elementos do contrato. Os contratos devem, na medida do possível, ser firmados em condições de igualdade entre os contratantes. Quando há desigualdade, todavia, o contratante que se encontra em posição privilegiada e que, em regra, estabelece a maioria (quando não todas) as condições e cláusulas contratuais, deve atentar para o equilíbrio do contrato, evitando onerar excessivamente o co-contratante, sob pena de a contratação ser imperfeita e, a partir daí, poder ser revista.

Permita-se, neste ponto, retornar à análise da liberdade, utilizando os termos propostos por Eros Roberto Grau¹⁶. Segundo o Autor, a liberdade se desdobra em sensibilidade e acessibilidade. A sensibilidade representa a autoconsciência de suas possibilidades e a ciência das alternativas de conduta e comportamento. Há, aqui, uma exigência dúplice: primeiro a de autoconhecimento em relação às próprias potencialidades e limitações; segundo, a de saber quais são os caminhos que levam à realização das potencialidades, quais as limitam e quais removem as limitações. A acessibilidade, a seu turno, representa a possibilidade de tomar estes caminhos, ou a

¹⁶ *Op. cit.*, p. 181.

barreira que o impede. Ambos os conceitos estão inexoravelmente ligados pois, conforme Amartya Sen¹⁷, a capacidade de uma pessoa para realizar (sensibilidade), representa a oportunidade para buscar seus objetivos (acessibilidade).

Não se pode dizer livre aquele que não sabe de suas próprias potencialidades, nem se pode dizer razoável sobre aquele que não tem ciência de suas limitações e de como superá-las. E também não é livre aquele que, ciente e autoconsciente de suas liberdades, não consegue realizar suas potencialidades em decorrência de fatores externos insuperáveis¹⁸.

Havendo sensibilidade e acessibilidade, ou seja, liberdade, também haverá responsabilidade, já que ambos (liberdade e responsabilidade) estão indissociavelmente ligados. Isto não quer dizer que o indivíduo pode ser considerado inteiramente responsável por tudo que lhe acontece. As liberdades das quais cada indivíduo desfruta para exercer suas responsabilidades dependem das circunstâncias pessoais, sociais, econômicas e ambientais. Amartya Sen¹⁹, seguindo esta linha de raciocínio, afirma que uma criança a quem é negado o aprendizado básico será desfavorecida durante todo o resto da vida, pois será um adulto incapaz, p. ex. de realizar operações simples que dependem de leitura, escrita e aritmética. Cita, ainda, o adulto que não dispõe de tratamento médico adequado, o trabalhador nascido em regime de semi-escravidão, a menina tolhida por uma sociedade repressora, o trabalhador sem-terra, para afirmar que todos são privados não só do bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois a responsabilidade só poderia ser-lhes imputada se estivessem no gozo de certas liberdades básicas.

Permita-se aqui uma digressão ilustrativa. A Folha de São Paulo publicou um texto assinado por Talyta Carvalho, cujo título é *não devemos nada ao feminismo*²⁰.

¹⁷ *Op.cit.*, p. 37.

¹⁸ Apesar de não se concordar por completo com a posição ideológica de Frederich August von Hayeck, reconhece-se a exatidão de sua proposição quanto à necessidade de educar o indivíduo para autoconhecer-se, e o alerta de que não estará sendo educado para uma sociedade livre, se submetido a treinamento técnico onde outros julgam ter o direito (alguns justificariam dizendo *responsabilidade*) de designar o uso apropriado dos talentos individuais. Necessário educá-lo para que possa encontrar a posição que julga adequada para si (**Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 88). É preciso, também, não ignorar a indispensabilidade de políticas públicas que visem a assegurar a todos os cidadãos a educação adequada para o exercício pleno da liberdade.

¹⁹ *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. *Laura Teixeira Motta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 322.

²⁰ O texto pode ser lido aqui (consultado em 25.01.2014, às 11:00 horas): <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/29978-nao-devemos-nada-ao-feminismo.shtml>

No texto, publicado em data simbólica (08.03.2012), a Autora pontua que nunca precisou lutar contra os colegas (de academia) para ser ouvida. O interessante dos argumentos postos pela Autora (com certo grau de má-fé, pode-se dizer), é a completa, absoluta e proposital ignorância de que, muito antes dela, milhares de outras mulheres precisaram lutar (algumas, inclusive, perdendo a própria vida), para que a Autora pudesse, naquele dia 08.03.2012, escrever um texto e publicá-lo, ou seja, ser ouvida.

Desta forma, dizer que uma pessoa é integralmente responsável pelos seus atos, pois se trataram de atos praticados com liberdade, significa ignorar as condicionantes do exercício da liberdade. Um aposentado semianalfabeto que contrata financiamento com pagamento através de desconto em conta corrente, fazendo-o no sistema de autoatendimento, sem auxílio e informações adequadas de um empregado da instituição financeira, não contrata com liberdade, não há como lhe impor a *pacta sunt servanda*. Ao menos, não nos moldes liberais.

O apoio social ou a imposição de uma conduta cooperativa ao co-contratante para expandir a liberdade das pessoas, deve ser considerado, pois, um argumento em favor da responsabilidade individual. Liberdade e responsabilidade, conforme Amartya Sen, formam um caminho de mão dupla. Sem sensibilidade e acessibilidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-lo, e, fazendo sem ciência e autoconsciência de sua ação, a pessoa não pode ser inteiramente responsabilizada pelas consequências de seu ato²¹. Por outro lado, para fazer qualquer coisa com reflexão e racionalidade, exige-se liberdade.

Atente-se, para fechar o argumento sobre a liberdade, que a responsabilidade individual decorre da criação de oportunidades de escolha e de meios para que as decisões individuais ocorram de modo refletido e decorram de motivos racionalmente estabelecidos a partir do critério da razão imparcial. A criação de oportunidades decorre de um comprometimento social com a liberdade individual, não apenas do estado, mas também de outras instituições políticas, sociais, comunitárias, econômicas, midiáticas e instituições que atuam no funcionamento do mercado e aquelas com as quais se estabelecem relações contratuais. A visão (arbitrariamente)

²¹ Esta conclusão não é estranha ao direito. Basta lembrar que incapazes precisam ser representados ou assistidos, conforme disposto nos arts. 3º e 4º, do CC, ou que os contratos a respeito das quais o consumidor não teve oportunidade de tomar conhecimento, ou redigidos de modo a dificultar a compreensão, não lhe obrigam, na forma do art. 46, do CDC.

restrita, de que o indivíduo se encontra em uma ilha imaginária, onde não pode ser ajudado nem prejudicado, deve ser ampliada, recaindo esta responsabilidade sobre os agentes que atuam com o (e através do) indivíduo²².

Em uma relação contratual assimétrica, a liberdade do contratante vulnerável somente pode ser exercida na medida em que lhe é dada a oportunidade de conhecer o modo de agir do co-contratante em suas relações negociais, as razões do contrato, ou seja, os motivos pelos quais foi previamente redigido daquela forma, as cláusulas do contrato e as consequências da contratação e do incumprimento contratual. Estas informações e orientações devem ser prestadas pelo contratante que está em situação privilegiada, inclusive recomendando a não contratação, quando verificado que o contratante vulnerável não terá condições de cumprir a avença (a inadimplência não é, afinal, um constante argumento de elevação dos juros?).

Liberdade e igualdade, portanto, são elementos indispensáveis para que qualquer avença possa ser firmada em condições válidas, e para que se possa considerar que a vontade manifestada pelo contratante vulnerável formou-se racionalmente, de modo a obrigá-lo a cumprir o contrato. Sem que isso importe, conforme se verá no derradeiro capítulo, em impossibilidade de rever o contrato. O fato de o fornecedor cumprir o dever de informar não exclui qualquer direito do consumidor de rever o contrato.

Estando ressignificadas de igualdade e liberdade é possível responder positivamente ao primeiro questionamento proposto, de que se pode impor um comportamento cooperativo aos contratantes. Igualdade e liberdade, apesar de serem direitos inalienáveis do cidadão (e assim consta no art. 5º, *caput*, da CF), não conseguem valer-se por si sós. Por vezes, torna-se preciso que o estado se omita, para neles não interferir (sendo o direito uma das formas pelas quais se limita a atuação estatal). Outras vezes, entretanto, é necessário que o estado atue (e aí também se encontra um dos papéis do direito), para que particulares entre si, não violem os direitos de liberdade e igualdade ou, ainda, para proporcionar aos cidadãos o pleno exercício de liberdade e igualdade (o que se dá, p. ex., através de políticas públicas, mas também através da imposição de uma atuação ética, nas relações privadas).

Importa agora verificar as consequências práticas das afirmativas postas

²² SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 323.

acima, ou seja, verificar se é juridicamente possível impor uma atuação ética, ou, pode-se dizer, o solidarismo, como regra cogente, com fundamento no CDC. Para tanto, é necessário estabelecer quem são os sujeitos da relação de consumo, e quais suas características.

3.2. O Consumidor e sua Proteção Constitucional

O reconhecimento do consumidor como categoria de pessoas juridicamente relevante que carece de especial proteção, se encontra em boa parte das constituições do mundo, em todos os continentes e, ressalta-se, com uma impressionante semelhança de direitos. Podem-se verificar regras constitucionais de proteção ao consumidor em países da África, como Angola²³, Moçambique²⁴, Níger²⁵ e Quênia²⁶, também em países da Ásia, como Armênia²⁷, Camboja²⁸, Geórgia²⁹, Iêmen³⁰, Tailândia³¹, Timor Leste³²,

²³ Em Angola, a proteção do consumidor é detalhada no art. 78º, da Constituição. É previsto direito a produtos e serviços de boa qualidade, informações e esclarecimentos e proteção nas relações de consumo (art. 78º, 1), e em relação a produtos e serviços prejudiciais à saúde e à vida, com direito a indenização por danos de qualquer natureza (art. 78º, 2). Há previsão de regulamentação da publicidade de produtos e serviços e proibição constitucional de publicidade enganosa ou indireta²³ (art. 78º, 3). Há previsão de regulamentação para a proteção do consumidor (art. 78º, 4). Além disso, o art. 74º autoriza a ação popular para proteção individual e coletiva dos direitos do consumidor. O art. 89º, estabelece que a ordem econômica funda-se na liberdade, valorização do trabalho, da dignidade humana e justiça social, tendo como um dos princípios fundamentais a proteção do consumidor e do meio ambiente (art. 89º, h).

²⁴ Em Moçambique, o art. 92, da Constituição fixa que consumidores têm direito a bens e serviços de qualidade, à educação e informação, à proteção da saúde, à salvaguarda de seus direitos econômicos e à reparação de danos (art. 92, 1). Estabelece que a publicidade será regulamentada, vedando todas as formas de publicidade oculta, indireta e deturpada (art. 92, 2). Também determina que associações e cooperativas de consumidores têm direito a serem assistidas pelo estado, e de serem ouvidas em questões relativas à defesa dos consumidores (art. 93, 3). A constituição também estabelece, no art. 81, 2, b, uso da ação popular para promover os direitos e para cessarem infrações ao direito do consumidor.

²⁵ Em Níger, o art. 100, da Constituição, estabelece que a proteção do consumidor é princípio básico.

²⁶ No Quênia, o art. 46, da Constituição, fixa direitos dos consumidores, aplicáveis a bens e serviços oferecidos por particulares ou estado: a) bens e serviços de qualidade razoável; b) informação necessária para obter todos os benefícios oferecidos pelos bens e serviços colocados no mercado; c) proteção à saúde, segurança e interesses econômicos; e d) indenização por danos decorrentes de defeitos de bens e serviços. O mesmo art. 46 também estabelece que compete ao parlamento legislar sobre a proteção do consumidor e sobre a publicidade, que deve ser justa, honesta e decente.

²⁷ Na Armênia, o art. 31.1, da Constituição, determina que o estado deve proteger os interesses dos consumidores e exercer o controle de qualidade de bens, serviços e obras.

²⁸ No Camboja, o art. 64, da Constituição fixa que o estado deve proibir e punir severamente quem importar ou fabricar drogas ilícitas, ou falsificar produtos que afetem saúde e vida dos consumidores.

²⁹ Na Geórgia, o art. 30, 2, da Constituição estabelece que o estado é obrigado a promover o desenvolvimento da livre concorrência e da atividade empresarial, proíbe o monopólio fora das previsões legais e determina proteção do consumidor através de lei própria.

³⁰ No Iêmen, o art. 10, da Constituição fixa que cabe ao estado promover o livre comércio, e que deve legislar sobre a proteção do consumidor, assegurando-lhe a disponibilidade de produtos básicos e

Uzbequistão³³ e Vietnã³⁴. Em países da América, como Argentina³⁵, Bolívia³⁶, Colômbia³⁷, Equador³⁸, México³⁹, Paraguai⁴⁰, Peru⁴¹ e Venezuela⁴². Em países da Europa,

promovendo ações antitruste. Além disso, o mesmo art. 10 determina que ao estado promover investimentos de capital privado em todos os campos do desenvolvimento socioeconômico.

³¹ Na Tailândia, o art. 43, estabelece o direito à livre iniciativa, através da competição justa e livre. Limita as liberdades da livre iniciativa, sendo a defesa do consumidor um limitador. Na seção 61, estabelece o direito do consumidor receber informações verdadeiras e de ser protegido, e o direito de o consumidor queixar-se às autoridades e exigir reparação por danos, o direito à reunião para proteção dos direitos dos consumidores. Fixa que deve ser instituído um órgão independente, composto por representantes destes, para realizar estudos e oferecer ao estado pareceres para aprimorar a defesa do consumidor, e apresentar relatórios sobre atos ou omissões que violem direitos do consumidor.

³² No Timor Leste, o art. 53º, estabelece que os consumidores tem direito a bens e serviços de boa qualidade, à informação, à proteção da saúde, à segurança, à proteção dos interesses econômicos e à reparação de danos (art. 53º, 1). Também que a publicidade deve ser regulamentada, proibindo publicidade escondida, indireta ou enganosa (art. 53º, 2).

³³ No Uzbequistão, a liberdade econômica é garantia pelo art. 53º, que fixa como prioridade, respeito aos direitos dos consumidores.

³⁴ No Vietnã o art. 62, determina que o estado deve criar e implementar políticas de proteção aos direitos de consumidores e produtores.

³⁵ Na Argentina, o art. 42 determina que os consumidores têm direito à proteção da saúde, segurança, interesses econômicos, informação adequada e verdadeira, liberdade de escolha e tratamento justo e digno. O mesmo art. 42 fixa que compete às autoridades fornecer educação ao consumidor para: a) defender a livre concorrência contra distorções de mercado; b) monitorar os monopólios naturais e jurídicos; c) aferir e fiscalizar a eficiência e qualidade de serviços públicos; e d) estabelecer associações de consumidores e usuários. O art. 42, também determina a regulamentação das relações de consumo e prestação de serviços públicos, que deve levar em conta prevenção e resolução de conflitos, bem como ser estabelecida com participação de consumidores e usuários. O art. 43 autoriza uso da ação judicial denominada *amparo* (instituto de origem mexicana que, em termos, aproxima-se do mandado de segurança, como explica Alfredo Buzaid [**Juicio de amparo** e **mandado de segurança**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 56, v. 1, p. 172-231, 1961, p. 202]), para proteção dos direitos do consumidor.

³⁶ Na Bolívia, o art. 75º, determina que consumidores e usuários possuem os seguintes direitos: a) fornecimento de alimentos, produtos farmacêuticos e produtos em geral, que devem ser inofensivos (à saúde e segurança) e de qualidade, em quantidade suficiente e adequada, com serviço pontual de entrega; b) informações confiáveis sobre características e conteúdo dos produtos e serviços.

³⁷ Na Colômbia, a proteção ao consumidor se encontra no Capítulo III, que trata de direitos coletivos e do meio ambiente. No art. 78, está determinado que a lei regulará controle e qualidade de bens e serviços oferecidos e prestados à comunidade e as informações disponibilizadas ao público. Estabelece que quem, na produção e comercialização de produtos e serviços, comprometer a saúde, segurança e oferta adequada aos consumidores, será responsabilizado na forma da lei. Por fim, fixa que o estado garantirá participação dos consumidores e usuários no estudo das disposições que lhes digam respeito, mas para tanto, as organizações devem ser de natureza representativa.

³⁸ A Constituição Equatoriana possui toda a Seção 9, para tratar dos direitos do consumidor. É a Constituição – dentre as analisadas – que mais esmiúça a proteção e defesa do consumidor, indo a detalhes que, por vezes, sequer são encontrados na legislação infraconstitucional de outros países. No art. 52 fixa que as pessoas têm direito de ter produtos e serviços da mais alta qualidade e informações precisas a respeito do conteúdo e características de produtos e serviços. Determina que a lei preverá mecanismos de controle, procedimentos de defesa do consumidor, sanções à violação destes direitos, reparação e compensação por danos ou defeitos pela má qualidade de produtos e serviços e pela interrupção de serviços públicos, desde que não tenham sido causados por caso fortuito (ato de Deus) ou força maior. No art. 53º, estabelece que instituições e organizações que prestam serviços públicos devem incorporar sistemas para medir a satisfação do consumidor, e colocar em prática sistemas de assistência e reparação, e que o estado será responsabilizado por danos civis causados a pessoas por deficiência, negligência e descuido na prestação de serviços públicos sob sua responsabilidade. O art. 54º prevê que prestadores de serviços públicos e/ou produtores de bens e serviços, serão responsabilizados civil e criminalmente pela

como Bulgária⁴³, Espanha⁴⁴, Hungria⁴⁵, Polônia⁴⁶, Portugal⁴⁷ e Suíça⁴⁸. Na Nova

prestação inadequada, pela má qualidade, ou quando as condições de oferta não forem cumpridas. Da mesma forma, profissionais liberais serão responsabilizados por negligência no exercício da profissão ou ofício, especialmente quando a prática coloca em risco a integridade ou a vida das pessoas. O art. 55º fixa que consumidores estão autorizados a criar associações para promover a informação e educação sobre os direitos do consumo, bem como para defendê-los frente o Poder Judiciário e a administração. A defesa, no âmbito individual, independe de associação.

³⁹ No México, o art. 28º veda monopólios e práticas monopolistas, bem como qualquer outra prática que obrigue os consumidores a pagar preços exagerados, considerado o decorrente de desequilíbrios de mercado, vantagem exclusiva e indevida em favor do fornecedor, em prejuízo do público em geral, independentemente de classe social. O art. 28º ainda determina que a lei estabeleça preços máximos de bens e serviços essenciais para a economia nacional ou o consumo popular, que deve proteger o consumidor e promover sua organização e salvaguarda de seus interesses.

⁴⁰ O art. 27, atentando aos hipossuficientes, determina que a lei regulamentará a publicidade, para melhor proteger a crianças, idosos, analfabetos, mulheres e consumidores. O art. 38 fixa que, individual ou coletivamente, é possível demandar às autoridades a proteção dos interesses dos consumidores.

⁴¹ No Peru, o art. 65 fixa que o estado defenderá os interesses de consumidores e usuários, garantido o direito a informação sobre produtos e serviços, bem como zelar pela saúde e segurança da população.

⁴² O art. 113, veda monopólio, concorrência desleal e, independentemente de causa, qualquer posição dominante de um particular ou grupo de pessoas (físicas ou jurídicas), exigindo, em todos estes casos que o estado adote medidas necessárias para prevenir seus efeitos prejudiciais a consumidores e produtores e para assegurar condições concorrenciais genuínas. O art. 117, fixa que todas as pessoas tem direito de acesso a bens e serviços de boa qualidade, informação adequada e não enganosa sobre conteúdo e características dos produtos e serviços, liberdade de escolha e tratamento justo e digno. Estabelece, ainda, que a lei criará mecanismos de garantia desses direitos, padrões de qualidade e quantidade de produtos e serviços, procedimentos de defesa do consumidor e sanções adequadas à violação desses direitos. Também o direito a indenização por danos sofridos. O art. 305 cria dever do estado em promover a agricultura sustentável, devendo garantir disponibilidade suficiente e estável de produtos, na esfera nacional e acesso oportuno e ininterrupto para os consumidores. É única disposição constitucional, dentre as consultadas, que estabelece o direito a alimentação adequada e sustentável.

⁴³ Na Bulgária, o art. 10, 1, fixa a ordem econômica baseada na livre iniciativa. E o art. 10, 2, determina que o estado deve estabelecer e garantir iguais condições para a atividade econômica para todos os cidadãos, prevenindo abusos, monopólios, concorrência desleal, e proteção do consumidor.

⁴⁴ Na Espanha, a seção 51, estabelece que as autoridades garantirão proteção a consumidores e usuários e devem, ainda, lhes salvaguardar a segurança, saúde e interesses econômicos legítimos (seção 51, 1), como também promover informação e educação, organização dos consumidores, e ouvi-los sobre questões que afetam os membros desta categoria de pessoas (seção 51, 2).

⁴⁵ Na Hungria, o art. M, prevê a economia baseada no trabalho que cria valor e a liberdade de empresa (art. M, 1), e que o estado garantirá condições para a competição justa e defenderá os direitos dos consumidores (art. M, 2).

⁴⁶ O art. 76º, fixa que as autoridades devem proteger, através da lei, os consumidores contra atividades que ameacem-lhes a saúde, privacidade e segurança, bem como práticas desonestas de mercado.

⁴⁷ Em Portugal o art. 81º, *i*, determina que garantir os direitos e interesses do consumidor é um dos deveres primários do estado. O art. 60º, que os consumidores têm direito à qualidade de bens e serviços, à formação e informação, à proteção de saúde, segurança e interesses econômicos, bem como reparação de danos (art. 60º, 1). A publicidade deve ser regulamentada, sendo proibidas as formas publicitárias escondida, indireta ou fraudulenta (art. 60º, 2). As associações e cooperativas de consumo têm direito de receber apoio estatal, de serem ouvidas em relação às questões de proteção ao consumidor e possuem legitimidade processual para atuarem na defesa de seus membros ou da coletividade (art. 60º, 3). O art. 99º, *e*, fixa, entre os objetivos da política comercial, a proteção dos consumidores. E o art. 52º, 3, *a*, concede ação popular para promoção, prevenção ou cessação de infrações contra direitos do consumidor.

⁴⁸ Na Suíça, o art. 97º, estabelece que a Confederação tomará medidas para proteção do consumidor (art. 97º, 1), bem como disponibilizará recursos para organizações de consumidores, e que estas organizações, terão os mesmos direitos que as associações profissionais ou econômicas (art. 97º, 2). Fixa que os Cantões devem criar processos de conciliação e procedimentos judiciais simples, que propiciem rápida solução para casos de baixo valor, a ser estabelecido (o valor) em legislação própria (art. 97º, 3).

Zelândia, localizada na Oceania, a constituição não é una, mas constituída por uma série de leis. Conforme informado por Bill English e Pita R. Sharples⁴⁹, em 2008 foi lançada uma estratégia de alfabetização financeira dos cidadãos, relacionada com o conceito de cidadania, para permitir-lhes ter voz como cidadãos e como consumidores. A mesma iniciativa, segundo os Autores, também ocorreu na Austrália e no Reino Unido.

No Brasil, a ordem econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho, sendo um de seus princípios gerais a proteção do consumidor. Frise-se que a proteção do consumidor não se opera somente em relações econômicas. Conforme posta no art. 5º, XXXII, da CF, a proteção do consumidor é cláusula pétrea e não pode ser abolida nem por emenda constitucional, conforme art. 60, § 4º, IV, da CF⁵⁰. A CF não limita a defesa do consumidor às hipóteses em que ocorrem relações econômicas. Significa dizer que o consumidor, em relações não econômicas, como é o caso das prestações estatais fornecidas sem custo, também merece proteção⁵¹.

Desta forma, a abrangência da proteção constitucional ao consumidor é maior do que pode parecer. Importa, assim, apontar que a proteção constitucional se opera quando está caracterizada uma relação de consumo, seja ela qual for.

3.3. Relações de Consumo

Para definir o que é uma relação de consumo, é necessário estabelecer o que é uma relação jurídica. E, para isto, é preciso definir qual concepção de sociedade (no seio da qual as relações jurídicas ocorrem) será utilizada. Tércio Sampaio Ferraz Junior anota que existem duas concepções de sociedade. A primeira sustenta que a sociedade é a união de homens concretos formadora do corpo social. A segunda sustenta que a sociedade é um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas, que exclui do sistema o homem concreto, isto é, a sociedade é um sistema de ações que reduz a complexidade indeterminada do homem, limitando-lhe as possibilidades de ação. Desta forma, se for concebida como conjunto de homens, as relações jurídicas serão

⁴⁹ **New Zealands constitution: a report on a conversation.** Wellington: Ministry of Justice, 2013, p. 98.

⁵⁰ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 3.

⁵¹ Por este motivo, o TJPR e o TJRS consideram aplicável o CDC em casos de alegação de erro médico, onde os pacientes foram atendidos por hospital ou clínica particular, em convênio com o SUS, conforme os seguintes julgados: a) TJPR, Ag.I. 1.153.492-8, 9ª Câm. Cív., j. 07.11.2013, rel. Des. Francisco Luiz Macedo Junior, *DJ* 12.11.2013; b) TJRS, Ap. Cív. 70054148804, 9ª Câm. Cív., j. 15.05.2013, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, *DJ* 17.05.2013.

interindividuais. Se for concebida como sistema de ações, as relações jurídicas serão estabelecidas entre os papéis sociais a elas correspondentes⁵² sem, contudo, perderem as características de interindividualidade, já que a presença do elemento subjetivo é indispensável.

Sociologicamente, a concepção de que os indivíduos exercem papéis sociais a partir de ações significadas não é de todo completa, pois pressupõe que os indivíduos assumem papéis, sem criá-los ou negociá-los. Os indivíduos, entretanto, não são apenas sujeitos passivos instruídos ou programados, mas passam a compreender e assumir papéis sociais por meio de um processo progressivo de interação⁵³. Alguns papéis são temporários, alguns definitivos, alguns são abandonados e outros assumidos ao longo da vida. Há uma relação dialética entre indivíduo e sociedade, sendo que cada um é formador e formado pelo outro. Esta relação de mútua (trans)formação de indivíduo e sociedade não pode ser ignorada pelo direito, já que é influenciado tanto pelas ações do indivíduo, quanto pelas sociais, transformando-os (uma das funções da lei é criar novos comportamentos⁵⁴) e sendo transformado (uma das formas pelas quais a lei cai em desuso é sua inobservância, dado que a conduta regulamentada deixou de ser socialmente relevante⁵⁵).

Para o trabalho, a definição adequada é aquela onde a sociedade é um sistema de ações que reduz a complexidade indeterminada do homem, limitando-lhe as possibilidades de ação, na medida em que possibilita que as relações humanas sejam classificadas normativamente. Portanto, quando se estabelece uma relação jurídica, os sujeitos exercerão um determinado papel regulado pelo direito.

⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Instrução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 167.

⁵³ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Trad. Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artemd, 2005, p. 43.

⁵⁴ Como, p. ex., exigir dos sítios eletrônicos onde é possível celebrar contratos de consumo que indiquem de forma destacada e em local de fácil visualização o nome empresarial, o número do CPF ou CNPJ, (art. 2º, I, do Decreto 7.962, de 15.03.2013). Enquanto lojas virtuais conhecidas (Americanas, Casas Bahia, Compra Fácil, Dafiti, Extra, Magazine Luiza, Netshoes, Ponto Frio, Saraiva, Submarino, Walmart, etc.) cumprem o regramento, o mesmo não ocorre, em regra, em relação às instituições financeiras (Banco do Brasil S.A., Banco Santander Brasil S.A., Caixa Econômica Federal, Itaú-Unibanco Holding S.A, etc.) – o Banco Bradesco S.A. e o HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo, cumprem a regra –, às operadoras de telefonia (Oi S.A., Tim Celular S.A., Vivo S.A., etc.) e planos de saúde (Amil, Allianz Saúde, Sulamérica, Unimed, etc.). A reiterada desobediência ao CDC e legislação esparsa tem, ano após ano, colocado estas empresas entre os principais alvos de reclamação, conforme registrado pelo DPDC, da Secretaria de Defesa do Consumidor (SDC), ligada ao Ministério da Justiça, no Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas publicado anualmente.

⁵⁵ Como no caso do crime de adultério (art. 240, do CP), revogado expressamente pelo art. 5º, da Lei 11.106, de 28.03.2005, mas que, de longa data, já não mais era apenado.

A normatização em abstrato das ações humanas, dentro de cada papel – regulado pelo direito, neste caso – que a sociedade lhe reserva, não ignora o elemento humano, exatamente para não cair no mesmo problema do liberalismo, que era a presunção legal de igualdade. Neste sentido, normatizar cada papel de maneira específica, como aponta Leonardo Roscoe Bessa⁵⁶, facilita a aplicação do princípio da isonomia, a partir de discriminações positivas, dado que são levadas em conta características mais específicas do indivíduo. Mas é preciso frisar que cada indivíduo é único. Cada ação que exerce na sociedade não pode ser considerada isoladamente, pois decorre de um enorme leque de circunstâncias condicionantes. Desta forma, ainda que se possa categorizar juridicamente as ações sociais em abstrato, não é possível, no momento de fazer a norma incidir em concreto, ignorar a interpenetração dos papéis sociais exercidos pelo destinatário (da norma)⁵⁷.

Se é aceito que o direito regulamenta os papéis exercidos socialmente, é possível estabelecer uma conceituação de relação jurídica como uma relação da vida social (no seu mais lato sentido) regulada pelo direito (objetivo⁵⁸), que contrapõe o direito subjetivo de uma pessoa ao dever jurídico ou sujeição de outra pessoa, relacionando-as⁵⁹.

O direito subjetivo abarca uma série de modalidades relacionais, para além do dever ou sujeição, como p. ex., relações de faculdade, liberdade, imunidade, capacidade, competência, etc.⁶⁰, mas para os limites das relações de consumo, a correlação entre direito subjetivo e dever jurídico ou sujeição é suficiente, pois mesmo quando o estado atua como fornecedor, o faz em uma relação entre sujeitos, não havendo que falar, propriamente, em interesse público.

Dentro da definição posta de relação jurídica, verifica-se a presença de quatro elementos: sujeito, objeto, um fato e um interesse ou uma faculdade. Sujeito da

⁵⁶ **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 29.

⁵⁷ Conforme alerta Luiz Edson Fachin (**Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51), é preciso rechaçar a conceituação abstrata que afasta o homem concreto das preocupações do direito.

⁵⁸ O direito objetivo é formado por um conjunto de normas, que constitui um dado objetivo (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 147). No caso, tratam-se das normas de direito do consumidor. Contudo, não se pode olvidar que o direito do consumidor também abrange (e é abrangido) pelas normas de direito constitucional.

⁵⁹ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 264.

⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 170.

relação jurídica é a pessoa física ou jurídica investida de um direito ou dever, através dos quais se relaciona com outro sujeito, igualmente investido. O sujeito titular do direito subjetivo será denominado de ativo, e o titular do dever será denominado passivo. Pode haver pluralidade de sujeitos ativos e/ou passivos. E, em cada relação, um sujeito poderá, ao mesmo tempo, assumir simultaneamente os polos ativo e passivo em função dos direitos e deveres (principais e secundários ou acessórios) que a relação jurídica reúne⁶¹.

O objeto da relação jurídica é a realidade sobre a qual incidem os direitos e da qual decorrem os deveres. É o bem, em sentido lato, sobre o qual a relação jurídica incide, podendo ser, este bem, p. ex., a própria pessoa (direitos de personalidade), outra pessoa (poder familiar), prestações (direitos de crédito), coisas (corpóreas ou incorpóreas) e direitos (de propriedade, de superfície, de usufruto)⁶².

O fato jurídico, ou fato gerador, representa o liame entre o evento e a previsão normativa, fazendo – a partir do momento em que ocorre – que a norma passe a incidir sobre ele, dado que preenchido o conteúdo descritivo abstrato, gerando, pois, incidência normativa⁶³. E, o interesse⁶⁴, representa a pretensão do sujeito ativo (titular do direito subjetivo) em ver seu direito tutelado pelo estado, em caso de violação ou ameaça, bem como a garantia que o estado lhe dá de que tutelar o direito.

A partir destas premissas, torna-se possível construir um conceito de relação jurídica de consumo, sem ignorar que sua formação é complexa, pois decorre da conjunção de uma série de papéis exercidos pelo homem na sociedade, que levam a caracterizar o sujeito consumidor como um sujeito muito mais complexo que aquele do liberalismo. O consumidor não é consumidor somente na hora em que realiza a aquisição do produto ou serviço. Assim fosse seria despicienda, p. ex., a regulamentação da publicidade e da cobrança de dívidas, pelo CDC.

⁶¹ PEREIRA, Manuel das Neves. *Op. cit.*, p. 269.

⁶² *Ibid.*, p. 270.

⁶³ Não se ignora as técnicas legislativas, nem que o direito não se encerra em si mesmo, principalmente nos casos onde é feito uso de conceitos vagos ou indeterminados, e cláusulas gerais, que carecem, em cada caso, de preenchimento, através da inserção de cláusulas metajurídicas, conforme ressalta Judith Martins-Costa (*Op. cit.*, p. 341).

⁶⁴ Tem-se ciência da incompletude do conceito, a partir do interesse, pois se trata de conceituação com caráter privatista. É difícil, p. ex., tratar de interesse público como titular de autonomia da vontade. Entretanto, para as relações de consumo de caráter individual, a noção é suficiente.

3.3.1. Sujeitos da relação de consumo

Antes de tratar especificamente dos conceitos de consumidor e fornecedor a fim de definir quem são os sujeitos da relação de consumo, é preciso estabelecer, como premissa interpretativa – tanto da legislação, quanto do caso concreto – que a presunção de que todo consumidor é vulnerável é aplicável indistintamente ao consumidor individual e coletivo, e ao consumidor padrão ou equiparado⁶⁵. Tanto é verdade que o art. 4º, I, do CDC, atribui à vulnerabilidade o status de princípio geral do direito do consumidor⁶⁶.

3.3.1.1. A jornada de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor

A fixação da vulnerabilidade do consumidor como princípio indica o reconhecimento explícito da assimetria dos sujeitos envolvidos nas relações jurídico-econômicas na seara das relações contratuais e da necessidade do dirigismo contratual, principalmente em relações de consumo.

Este reconhecimento não surgiu de uma hora para outra. Conforme narra Antônio Carlos Efig⁶⁷, desde as Ordenações Filipinas havia preocupação, ainda que indireta, com o consumidor. Mas sua proteção ocorria através da tutela penal. Eram tipificadas condutas de comerciantes que lesavam direitos dos clientes. Não pela preocupação específica com os clientes, mas sim para preservar os interesses dos demais comerciantes, vitimados por concorrência desleal, já que as condutas tipificadas, como falsificação de mercadoria, p. ex., possibilitavam a venda do produto a preços mais baixos, interferindo no equilíbrio concorrencial.

Medidas de mesma natureza foram adotadas pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 11.10.1890, que estabeleceu alguns tipos penais que indiretamente protegiam o consumidor⁶⁸.

⁶⁵ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 84.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 65.

⁶⁷ O Autor (*Op. cit.*, p. 45) retrata o Título LVII, das Ordenações Filipinas, que previa pena de morte para a falsificação de mercadoria, quando a falsificação valia um marco de prata, e o Título LVIII, que também apenava com a morte em caso de pesagem com uso de pesos falsos, quando a falsidade valia um marco de prata.

⁶⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 94. Crimes contra a saúde pública (arts. 149 até 155), que vedavam alteração ou falsificação de

Em 07.04.1933, foi editado o Decreto 22.626, que dispunha sobre a cobrança de juros, vedando que fossem contratados os remuneratórios em montante superior ao dobro da taxa legal (art. 1º), que na época era de 6% ao ano, conforme art. 1.062, do CC, de 1916⁶⁹ e que fossem contratados juros capitalizados (art. 4º). Era, entretanto, autorizada a fixação de juros moratórios de 1% ao mês (art. 5º). Havia, ainda, tipificação do delito de usura, considerada como *toda simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos do Decreto 22.626/1933, sujeitando o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento*, sendo que na elaboração do contrato ou do título, deveriam ser respeitadas as regras limitativas dos percentuais e formas de cálculo dos juros. A pena prevista era de prisão de seis meses a um ano, e multa de cinco a cinquenta contos de reis. Interessante notar que o p. ún. do art. 13, imputava co-autoria do delito ao agente e ao intermediário do crédito e, quando a contratação era firmada com pessoa jurídica, àquele que tinha qualidade para representá-la.

O art. 15, do Decreto 22.626/1933⁷⁰, estabelece algumas circunstâncias agravantes, dentre elas o credor aproveitar-se de *circunstâncias aflitivas em que se encontre o devedor* – que lembram a ideia de estado de necessidade –, já o credor se aproveitar *da inexperiência ou das paixões do menor, ou da deficiência ou doença mental*, lembra a ideia de vulnerabilidade⁷¹.

Na CF de 1934 (16.07.1934), narra Antônio Carlos Efig⁷², havia previsão, no art. 5º, XIX, *i*, de competência privativa da União para legislar sobre o consumo⁷³ e também sobre instituições de crédito. Já no art. 5º, XIX, *h*, a mesma competência havia, sobre legislação de pesos e medidas. O art. 5º, XIX, *a*, estabeleceu competência da

alimentos e bebidas, bem como estabeleciam controle sobre medicamentos, crimes de violação dos direitos de patente de invenção e descobertas (arts. 351 e 352) e crimes de violação de direitos de marcas de fábrica e de comércio (arts. 353 até 355).

⁶⁹ Art. 1.062. *A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.*

⁷⁰ Art. 15. *São consideradas circunstâncias agravantes o fato de, para conseguir aceitação de exigências contrárias a esta lei, valer-se o credor da inexperiência ou das paixões do menor, ou da deficiência ou doença mental de alguém, ainda que não esteja interdito, ou de circunstâncias aflitivas em que se encontre o devedor.*

⁷¹ Marcelo Gomes Sodré (*Op. cit.*, p. 99) sustenta que as situações indicariam a hipossuficiência da vítima. Como há menção expressa a incapazes, quer parecer que a intenção era proteger vulneráveis. Já a menção à circunstância aflitiva indica proteção ao estado de necessidade, e não à hipossuficiência.

⁷² EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 45.

⁷³ Art. 5º *Compete privativamente à União: [...] XIX – legislar sobre: [...] i) comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público.*

União para legislar sobre direito civil e comercial (entre outros). Além disso, o art. 117, da CF de 1934, estabeleceu regra sobre a economia popular, citando a necessidade de desenvolvimento do crédito, o que denota a atenção do legislador a esta forma de circulação de riqueza, mas que também denota a preocupação do legislador com a exploração econômica do cidadão, razão pela qual o art. 117, p. ún., proibia de forma expressa a usura⁷⁴.

A CF de 1937 (10.11.1937), não fez menção expressa à legislação sobre o consumo, mas manteve competência privativa da União para legislar sobre questões de crédito (art. 16, VI), pesos e medidas (art. 16, IX), direito civil e comercial (entre outros) (art. 16, XVI) e normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, em especial a infantil (art. 16, XXVII), denotando a preocupação com uma específica categoria de vulneráveis. Ademais, a CF de 1937 previu fomento da economia popular e repressão penal em relação às ações que lhe fossem contrárias⁷⁵. Foi mantida a vedação à prática da usura (art. 142⁷⁶), verificando-se, ainda, preocupação do legislador com o crédito, a ponto de, depois de criar o Conselho da Economia Nacional (art. 57), com atribuições, dentre outras, de organizar inquéritos sobre as condições do crédito (art. 61, e), bem como preparar as bases para a fundação de instituições de pesquisa que, atendendo às diversidades das condições econômicas, geográficas e sociais do Brasil, teriam por objetivo estudar problemas de crédito, distribuição e venda (art. 61, f, II). Apesar de não haver menção a consumo ou consumidor, é bastante clara a preocupação do legislador em estruturar o estado para questões atinentes ao consumo, que resulta exatamente de extração, produção, distribuição, venda e descarte, tendo em cada uma destas etapas o crédito como elemento de fomento.

Em 18.11.1938, foi editado o Decreto-Lei 869, que tratava dos crimes contra a economia popular e também continha regra penal para condutas de fraude de pesos e medidas, além de outras de proteção à concorrência que, indiretamente acabavam protegendo o consumidor (art. 3º). O Decreto-Lei 869/1938, majorou a pena

⁷⁴ Art. 117. *A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguro em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que actualmente operam no país. Parágrafo único. É proibida a usura, que será punida na forma da lei.*

⁷⁵ Art. 141. *A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e pescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.*

⁷⁶ Art. 142. *A usura será punida.*

máxima do delito de usura, fixando-a em dois anos, além de também majorar a multa. Além disso, no art. 4º, *b*, o Decreto-Lei 869/1938, tipificava a conduta da lesão⁷⁷, prevendo a mesma pena do delito de usura. Interessante notar que a lesão era prevista no art. 359⁷⁸, da Consolidação das Leis Civis (Teixeira de Freitas), mas não constava no CC de 1916. A opção de não incluir a lesão no CC de 1916, conforme relata Anderson Schreiber⁷⁹, foi influenciada pelos valores liberais, sendo que Clovis Beviláqua teria afirmado que o instituto era necessário tão somente em épocas onde o estado precisava tutelar mais direta e continuamente a vida privada em virtude das diferenças sociais, o que não ocorria no Brasil do início do século XX, devendo as transações econômicas serem entregues à lei da oferta e procura.

Em 07.12.1940, entrou em vigor o atual CP (Decreto Lei 2.848), que mantém a legislação penal sobre fraudes praticadas em fabricação e comércio, o que denota a preocupação do legislador com a qualidade e segurança dos produtos. Ao tratar de fraude no comércio, conforme ressalta Marcelo Gomes Sodré⁸⁰, o art. 175⁸¹, utiliza o termo consumidor, no sentido que até hoje lhe é atribuído. Conforme anota Guilherme de Souza Nucci⁸², o sujeito passivo do delito de fraude no comércio é o adquirente ou o consumidor. Como a lei não traz palavras inúteis, não são sinônimos os termos *adquirente* e *consumidor*, de modo que adquirente é todo aquele que adquire mercadoria no comércio, sem destiná-la ao uso final, ou seja, buscando (re)empregá-la em atividade empresarial, enquanto que o conceito de consumidor é preenchido pelo CDC, neste caso, inclusive para fins penais. Além da fraude no comércio, o CP ainda estabeleceu outros delitos que protegem, ainda que indiretamente, o consumidor⁸³.

⁷⁷ Art. 4º *Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena 6 meses a 2 anos de prisão celular e multa de 2:000\$000 a 10:000\$000.*

⁷⁸ Art. 359. *Todos os contractos, em que se dá, ou deixa, uma cousa por outra, podem ser rescindidos por acção da parte lesada, se a lesão fôr enorme: isto é, se exceder metade do justo valor da cousa.*

⁷⁹ **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 123.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 101.

⁸¹ Art. 175. *Enganar, no exercício da atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra; Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.*

⁸² **Código penal comentado.** 13. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 886.

⁸³ Corrupção, adulteração, falsificação ou alteração de substância ou produto alimentício destinado ao consumo (art. 272); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273); emprego de processo proibido ou de substância não permitida em produtos destinados ao consumo (art. 274); inculcação de falsa indicação de invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais (art. 275); venda, exposição à venda ou manutenção em

A CF de 1946 (18.09.1946), reestabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre o consumo (art. 5º, XV, *c*), com competência supletiva dos estados (art. 6º), manteve-a para legislar sobre direito civil e comercial (art. 5ª, XV, *a*) e instituições de crédito (art. 5º, XV, *k*). Quanto à ordem econômica, fundou-a sobre os princípios da justiça social, e juntou num artigo livre iniciativa e valorização do trabalho, atribuindo-lhes o mesmo peso jurídico e reconhecendo a relevância do trabalho assalariado (art. 145). Deu especial proteção à economia popular, com repressão do abuso econômico (art. 148) e punição pela prática da usura no art. 154⁸⁴.

Ainda em 1946, foi editado o Decreto-Lei 9.840 (11.09.1946), que consolidava os crimes contra a economia popular, como os previstos nos Decretos-Lei 869/1938 e 9.669, de 29.08.1946⁸⁵, com alterações dadas pelo Decreto-Lei 9.840/1946. Os crimes contra a economia popular foram definidos no art. 2º, do Decreto-Lei 9.840/1946, trazendo algumas novidades em relação ao Decreto-Lei 869/1938.

Em 26.12.1951, foi publicada a Lei 1.521, que tratava de crimes contra a economia popular. Chama a atenção o art. 2º, da Lei 1.521/1951, pois muitas de suas disposições são, atualmente, reproduzidas pelo CDC, na seara das vedações de práticas comerciais abusivas e regulamentação de práticas contratuais. O art. 4º, da Lei 1.521/1951, manteve tipificados os delitos de usura e de lesão⁸⁶.

Em 03.09.1954, foi publicada Lei 2.312, sobre normas gerais sobre proteção

depósito para venda, de qualquer produto nas condições dos arts. 274 e 275 (art. 276); venda, exposição à venda ou manutenção em depósito ou cessão de substância destinada à falsificação de produto alimentício, terapêutico ou medicinal (art. 277); fabrico, venda, exposição à venda, manutenção em depósito, ou entrega ao consumo de coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a finalidade medicinal (art. 278); fornecimento de substância medicinal em desacordo com a receita (art. 280).

⁸⁴ Art. 154. *A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.* O STF deu auto-aplicabilidade ao art. 154 no REExt 25.106, 2ª T., j. 18.17.1961, rel. Min. Antônio Villas Boas, *DJ* 11.08.1961. No corpo do acórdão não há menção nem ao Decreto 22.626/1933, nem à Lei 1.521/1951. O fundamento para o reconhecimento da usura foi o art. 154. No mesmo sentido: REExt 58.414, 1ª T., j. 12.10.1965, rel. Min. Evandro Lins, *DJ* 02.03.1966.

⁸⁵ No art. 24, estabelecia contravenções penais atinentes aos contratos de locação.

⁸⁶ Era comum a condenação por prática de usura, mas como o art. 57, do CP, previa que a pena privativa de liberdade não superior a dois anos podia ser suspensa por período de dois a seis anos, condicionada ao cumprimento das condições (restrições de direitos) impostas na sentença (art. 58, do CP), era difícil aplicar penas privativas de liberdade aos condenados por usura. Ainda assim, alguns casos chegaram ao STF, como o HC 35.598 (1ª T., j. 02.05.1958, rel. Min. Ari Franco, *DJ* 25.06.1958), onde foi condenado um intermediário de empréstimos usurários. Houve também o caso de um condenado pela prática do delito do art. 4º, *b*, da Lei 1.521/1951, a quem o STF condenou HC (HC 34.246, Pleno, j. 25.07.1956, rel. Min. Rocha Lagoa, *DJ* 24.06.1959) porque o paciente negociava com generais, juizes, advogados, médicos, engenheiros e industriais, razão pela qual não se poderia alegar que as negociações ocorriam com abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da parte co-contratante.

à saúde, que foi um marco na história da vigilância sanitária⁸⁷. Atribuía à União a responsabilidade de manter um órgão de saúde e assistência que desenvolveria estudos sobre alimentação do povo (art. 2º, *d*). Fixou obrigatoriedade de toda construção considerada habitável estar ligada à rede de esgoto (art. 11). O legislador, entretanto, retirou a responsabilidade do estado, estabelecendo no art. 11, p. ún., que quando não existisse rede e canalização de esgotos próximos, a autoridade sanitária poderia adotar a solução que considerasse mais conveniente. O art. 12, da Lei 2.312/1954, determinou que coleta, transporte e destino final do lixo deveriam processar-se em condições a não trazer inconvenientes à saúde e bem-estar públicos. Interessante o reconhecimento de que a saúde pública é um problema coletivo, que precisa ser resolvido coletivamente.

Em 26.09.1962, foi publicada a Lei Delegada nº 4, que dispunha sobre a intervenção estatal no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo, de modo a proteger a população consumidora de abusos praticados contra a economia popular⁸⁸.

A CF de 1967 (24.01.1976) e a EC 1, de 17.10.1969, não trouxeram novidades significativas quanto à proteção do consumidor. Manteve-se a competência da União para legislar sobre produção e consumo⁸⁹, mas ficou estabelecida competência supletiva dos estados para legislar sobre a mesma matéria⁹⁰. Manteve-se, também, a competência da União para legislar sobre direito civil e comercial⁹¹ e sobre direito financeiro⁹², sistema monetário⁹³ e política de crédito⁹⁴. Houve, ainda, estabelecimento de competência da União para fiscalizar operações de crédito⁹⁵. Pela primeira vez atribui-se à ordem econômica (cujo objetivo, na Constituição de 1967, era o de realizar a justiça social e, na EC 1/1969, realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social), uma série de princípios, dentre os quais foram mantidos o da livre iniciativa e da valorização do trabalho⁹⁶. Novamente houve previsão de repressão a todas as formas de

⁸⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Op. cit.*. São Paulo: RT, 2007, p. 108.

⁸⁸ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 46.

⁸⁹ Art. 8º XVII, *c*, da CF de 1967 e da EC 1/1969.

⁹⁰ Art. 8º, § 2º, da CF de 1967 e art. 8º, p. ún., da EC 1/1969.

⁹¹ Art. 8º, XVII, *b*, da CF de 1967 e da EC 1/1969.

⁹² Art. 8º, XVII, *c*, da CF de 1967 e da EC 1/1969.

⁹³ Art. 87º, XVII, *j*, da CF de 1967 e da EC 1/1969.

⁹⁴ Art. 8º, XVII, *k*, da CF de 1967 e art. 8º, XVII, *l*, da EC 1/1969.

⁹⁵ Art. 8º, IX, da CF de 1967 e art. 8º, X, da EC 1/1969.

⁹⁶ Art. 157, I e II, da CF de 1967 e art. 160, I e II, da EC 1/1969.

abuso do poder econômico⁹⁷. E foi prevista, ainda, a faculdade de a União intervir no domínio econômico, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não se desenvolvia com eficácia no regime de competição e liberdade de iniciativa⁹⁸. Tratou-se do reconhecimento de que algumas atividades econômicas não se encaixam corretamente no modelo capitalista, carecendo de auxílio do estado para desenvolver-se.

Todas estas regras, entretanto, não tinham por finalidade a precíua proteção do consumidor, mas sim a economia, de modo geral. O consumidor era protegido indiretamente. A elaboração de leis de proteção da economia popular e de regras atinentes à proibição da usura indica que o legislador, desde a edição do Decreto 22.626/1933, verificou a assimetria das posições negociais, bem como a impossibilidade de oferta e procura regularem o mercado sem intervenção estatal, dado a manipulação por parte dos fornecedores, ora da oferta, ora da procura, de modo a obter o maior lucro possível, nem sempre através de práticas lícitas.

Mas não só no Brasil havia preocupação com a proteção do consumidor, decorrente da vulnerabilidade deste. No âmbito internacional, precisamente em 17.05.1973, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa editou a Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor⁹⁹. A Carta indica que a proteção do indivíduo e a vulnerabilidade do consumidor são duas diretrizes a seguir e, a partir daí, fixa como direitos básicos do consumidor: a) proteção e assistência jurídica, prestados pelo estado, a todos os grupos e classes sociais; b) adequação de produtos e gêneros alimentícios, de modo a oferecerem segurança ao consumidor; c) proteção dos interesses econômicos dos consumidores, inclusive contra contratos de adesão (contratos-tipo); d) garantia pós-venda de produtos e serviços; e) direito à informação precisa, clara e ostensiva; f) indenização por prejuízos; g) direito à educação básica para formação de consumidores informados e à educação de adultos, através da informação; e h) direito à representação e consulta. A normativa europeia sinalizou o reconhecimento de uma nova categoria jurídica de pessoas, que carecia de proteção, o que não passou despercebido pela ONU, que em 10.04.1985, editou a Resolução 39/248¹⁰⁰, que tratava sobre a proteção do consumidor. A edição da Resolução 39/248

⁹⁷ Art. 157, VI, da CF de 1976 e art. 160, V, da EC 1/1969.

⁹⁸ Art. 157, § 8º, da CF de 1967 e art. 163, da EC 1/1969.

⁹⁹ Disponível em <http://www.portolegal.com/CartaProtecConsumidor.htm>

¹⁰⁰ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>

não foi o primeiro momento em que a ONU tratou da defesa do consumidor. O Conselho Econômico e Social da ONU já havia se reunido em 23.07.1981, e editado a Resolução 1962, solicitando ao Secretário Geral da ONU que continuasse a realizar consultas sobre a defesa do consumidor, com a finalidade de elaborar as diretrizes gerais para defesa destes, especialmente tendo em conta as necessidades de países em desenvolvimento, o que resultou na Resolução 39/248. Nesta Resolução, no item 1, foi reconhecido o desequilíbrio econômico, educacional e do poder de barganha, entre consumidores e fornecedores, ou seja, pela primeira vez houve o reconhecimento expresso da vulnerabilidade do consumidor e do direito ao desenvolvimento sustentável. Além disso, o mesmo item 1, fixou sete objetivos a serem alcançados, através da proteção do consumidor: a) ajudar os países a atingir ou manter proteção adequada à população consumidora; b) facilitar produção e distribuição de padrões de resposta para necessidades e desejos dos consumidores; c) incentivar (altos níveis de) condutas éticas para os engajados na produção e distribuição de produtos e serviços aos consumidores; d) ajudar os países a reduzir as práticas comerciais abusivas (em nível nacional e internacional) que afetam os consumidores; e) facilitar o desenvolvimento de grupos de consumidores independentes; f) promover a cooperação internacional para a proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento de condições de mercado capazes de fornecer ao consumidor um maior número de escolhas, com preços mais baixos.

Foram fixadas seis necessidades legítimas dos consumidores (item 3): a) proteção contra riscos para saúde e segurança; b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) acesso à informação adequada que permita ao consumidor fazer as escolhas de acordo com os desejos e necessidades individuais; d) educação dos consumidores; e) reparação dos danos aos consumidores; e f) liberdade para formar grupos ou organizações e oportunidade para que as organizações apresentem seus pontos de vista em processos que os afetam.

Meses depois, em 24.07.1985, foi publicada, a Lei 7.347, que disciplinou a ação civil pública, possibilitando que a sociedade organizada¹⁰¹ pudesse utilizar este importante instrumento jurídico para fazer valer direitos difusos e coletivos, aos quais,

¹⁰¹ Associações, art. 5º, V, *a e b*.

com o CDC, uniram-se os individuais homogêneos¹⁰². Na mesma data foi editado o Decreto 91.469, que criou o CNDC, com a finalidade de assessorar o Presidente da República na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor (art. 1º). Era competência do CNDC, (art. 2º): a) estudar e propor medidas visando prestação estatal de adequado resguardo dos interesses e direitos do consumidor; b) estudar e promover formas de apoio técnico e financeiro às organizações de defesa do consumidor; c) estudar e promover programas especiais de apoio ao consumidor mais desfavorecido; d) propor medidas coibidoras de fraudes e abusos praticados contra o consumidor; e) incentivar medidas de formação e informação do consumidor; f) coordenar atividades de organismos de defesa direta ou indireta do consumidor, dispersos nos Ministérios da União, visando uniformização das políticas de atuação; g) propor fusão, extinção e/o incorporação de órgãos que atuam na defesa do consumidor; e h) propor o aperfeiçoamento, compilação, consolidação ou revogação de textos normativos referentes às relações de consumo.

A Lei 7.347/1985 e a criação do CNDC representaram o explícito reconhecimento de que uma nova categoria jurídica de pessoas existia, bem como uma nova categoria de titulares de direitos (ou interesses¹⁰³), que esta merecia proteção especial para além dos regramentos do então vigente CC de 1916. Com o advento da CF e a consagração da proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica, e com a determinação posta no art. 48, do ADCT¹⁰⁴, o consumidor, que já estava categorizado juridicamente, ganhou especial proteção, deixando de ser confundido com as categorizações civis.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor ocorreu paulatinamente, ao longo de mais de cento e vinte anos – para limitar-se ao período republicano –, e passou da tutela penal da livre concorrência, o que representava tutela da população e empresas, incluídos não consumidores e o estado, para a tutela de alguns direitos coletivos, como saúde, p. ex., até chegar ao reconhecimento do consumidor como categoria jurídica, o que autoriza, agora, analisar as características desta.

¹⁰² Os direitos individuais homogêneos não eram, antes da edição do CDC, incluídos na Lei 7.347/1985, que na forma do art. 1º, IV, tutelava direitos coletivos e difusos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 23).

¹⁰³ Sobre a conceituação de interesses ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

¹⁰⁴ Art. 48. *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*

3.3.1.2. Características da vulnerabilidade do consumidor

A vulnerabilidade do consumidor, e as previsões legislativas de reconhecimento da necessidade de atendimento prioritário à outras categorias de pessoas, como idosos¹⁰⁵, crianças¹⁰⁶ e portadores de necessidades especiais¹⁰⁷, também vulneráveis¹⁰⁸, decorre do reconhecimento de que estas categorias de pessoas¹⁰⁹, em maior ou menor grau, estão submissas ao poder dos fornecedores, pois as escolhas de bens e serviços de consumo não excedem o que o mercado oferece, e a população em geral, urbanizada e com pouca assistência, se encontra, em regra, privada dos meios de produção, isto é, não há opção em não consumir¹¹⁰.

Segundo o IBGE, o Brasil tinha (censo de 2010) 84,36% de sua população vivendo em centros urbanos¹¹¹. A maioria dos integrantes deste percentual populacional não tem acesso a terra como meio de produção, ou seja, depende de emprego assalariado, de atividade empresarial, de atividade profissional liberal ou de benefícios estatais, para manter-se. Além do alto grau de urbanização, a população brasileira é caracterizada por um déficit educacional preocupante. Conforme dados divulgados pelo Instituto Montenegro, 73% dos brasileiros não dominam plenamente as habilidades de leitura, escrita e matemática¹¹². São os denominados analfabetos funcionais, ou seja, pessoas que, conseguem decodificar letras, mas sua capacidade de compreensão limita-se à leitura de frases ou textos curtos, sendo incapazes de interpretar textos mais longos. Idem, na matemática, quanto à realização de operações mais complexas que as quatro

¹⁰⁵ Art. 3º, da Lei 10.741, de 01.10.2003.

¹⁰⁶ Arts. 3º e 4º, da Lei 8.069, de 13.07.1990.

¹⁰⁷ Art. 2º, p. ún., da Lei 7.853, de 24.10.1989.

¹⁰⁸ Categorias classificadas como em situação de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade. Sobre o tema: MAIA, Maurilio Casas. **O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 203-232, mar.-abr. 2013, p. 205. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012. p. 184.

¹⁰⁹ Yann Favier (A **inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa**. Trad. Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Vinicius Aquini. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 85, p. 15-24, jan.-fev. 2013, p. 18) destaca que, em França, considera-se difícil categorizar as pessoas como vulneráveis e o conceito é tomado como forma de defesa social.

¹¹⁰ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 111.

¹¹¹ Dados consultados em 26.01.2014, às 14:20 horas:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/0000000402.pdf>

¹¹² Dados consultados em 26.01.2014, às 14:40 horas:

http://www.ipm.org.br/ipmb_pagina.php?mpg=4.02.01.00.00&ver=por

básicas.

Para traçar um quadro da população brasileira conforme dados até agora expostos, pode-se enumerar que no Brasil, as pessoas, em regra são: a) precariamente alfabetizadas; b) urbanizadas; c) sub-assalariadas, tomando por base o valor do salário mínimo necessário divulgado pelo DIEESE; d) bancarizadas; e) dependentes dos serviços públicos, mas mal atendidas pelos mesmos, especialmente educação, saúde e transporte; e f) dependentes do crédito para suprir necessidades básicas.

Estas especificidades da população brasileira devem ser levadas em conta, quando se trata de dar conteúdo ao princípio da vulnerabilidade, mormente pelo fato de que, conforme anota Bruno Miragem¹¹³, a existência do direito do consumidor se deve ao fato do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. A observação é importante pelo fato de existirem graus de vulnerabilidade, o que indubitavelmente interfere no tratamento dado ao consumidor. Explica-se, na União Europeia, o TJ-CE tem reiteradamente decidido que o consumidor médio é normalmente informado, razoavelmente atento e perspicaz, esclarecido, e que verifica com atenção a informação sobre o produto ou serviço comercializado e as condições em que é apresentado ao consumo¹¹⁴.

Esta posição do TJ-CE já foi adotada pela legislação da UE. Ao editar a Diretiva 29/2005, relativa às práticas comerciais desleais, a CEE, conforme Maria Ana Cabral Sacadura Alexandre da Fonseca¹¹⁵, utilizou pela primeira vez a expressão consumidor médio, fazendo-a constar no art. 5º, 2, b, da Diretiva 29/2005, anotando que se considera prática comercial desleal aquela que distorcer ou for suscetível de fazê-lo, de maneira substancial, o comportamento econômico do consumidor médio, em relação a um produto que se lhe destina ou afeta, ou distorcer o comportamento médio de um grupo, quando a prática comercial destinar-se a um determinado grupo de consumidores. O Regulamento 1924/2006, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre alimentos, o Parlamento Europeu incluiu, no item 16, observação de que o

¹¹³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ Assim, p. ex., no item nº 56, das conclusões do processo C-210-96. Também no item 24, das conclusões do processo C-470/93. No Processo C-159/13, considerou-se que o consumidor médio aprecia globalmente os sinais em causa, e apercebe-se facilmente os sinais distintivos de diferentes marcas, para não ser induzido em confusão. No processo C-609-12, considerou-se que o consumidor médio normalmente é informado e razoavelmente atento e avisado.

¹¹⁵ **Do consumidor médio.** Dissertação de mestrado. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 04. Acessada 27.01.2014, às 14:28 horas:

http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10927/1/TESE_MariaAnaFonseca.pdf

conceito de consumidor médio não é estatístico. Trata-se, conforme, constou no acórdão do processo C-428/11, de um conceito jurídico que pressupõe a vulnerabilidade do consumidor (informado, razoavelmente atento, perspicaz e advertido), construído levando em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, que tem por fim evitar a exploração do consumidor.

Sobre o conceito de consumidor, Luis Gonzáles Vaqué¹¹⁶ observa que o primeiro elemento a ter em conta na definição de consumidor, é a atitude. Pondera o Autor, que se o consumidor médio é normalmente informado, isto se deve precisamente a sua atitude em obter a informação, sem que isso suponha que o consumidor tenha que realizar uma investigação exaustiva, nem que permaneça completamente passivo. Atitude e informação, segundo o Autor, são elementos que se relacionam e influenciam-se, como já decidiu o TJ-CE, p. ex., nos processos C-169/99, C-132/03 e C-212/03.

Este reconhecimento de uma relação de atitude e informação (re)conduz ao conceito de liberdade tal qual ficou definido neste trabalho, ou seja, desdobramento de sensibilidade e acessibilidade. Como o consumidor pode exercer sua liberdade, através da atitude, se não souber a espécie de informação da qual precisa dispor. Para ter atitude, necessário que o consumidor detenha informações prévias que lhe permitam obter novas informações pertinentes ao produto ou serviço que pretende consumir.

O problema é enfrentado por Luis Gonzáles Vaqué¹¹⁷ à luz da jurisprudência do TJ-CE, da seguinte forma. Atesta o Autor que a ideia de consumidor médio normalmente se associa à normalidade do nível de informação e/ou conhecimentos. Não se trata, pois, de consumidor que tenha um determinado nível acadêmico ou bagagem cultural específica, senão que conte com certa experiência e aptidão para interpretar a informação que se lhe destina, sobre os produtos e sobre as condições de comercialização. Qual seriam, então, os conhecimentos que caracterizam o consumidor médio? O Autor¹¹⁸, apresentando jurisprudência do TJ-CE, responde. No processo C-220/98, o TJ-CE considerou que um consumidor médio, na Alemanha (de onde se originou o caso), ao adquirir um creme onde consta na embalagem o termo *lifting*, não terá que supor que a expressão indique produção de efeitos duradouros. Isto, anote-se,

¹¹⁶ **La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo.** Estudios sobre Consumo, Logroño: Uniorioja, nº 75, p. 25-42, 2005. p. 32.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

em relação a consumidores alemães, onde os níveis de escolaridade são mais elevados que no Brasil, e o domínio da língua inglesa idem. Entretanto, no Brasil não é incomum encontrar cremes com a anotação *lifting*, como p. ex., o *Renew Lift & Firm Pro*, o *Roc Complete Lift*, ou o *Hidracid Lift*, sendo que todos podem ser comprados em farmácias, lojas de cosméticos ou, no caso da Avon, através de catálogos apresentados por revendedoras (pessoas físicas, em regra, mulheres) que realizam venda direta ao consumidor, visitando-o na residência.

Ainda tratando sobre o domínio da língua estrangeira, no julgamento do processo T-193/99, o TJ-CE considerou que a expressão *doublemint* poderia ser registrada e utilizada pelo fabricante, na venda de doces (balas, gomas de mascar, etc.), dado que não representava mera descrição do produto (o que impediria o registro). Para chegar a esta conclusão, o TJ-CE partiu do princípio que a expressão *doublemint* possui inúmeros significados, tais como duas vezes mais hortelã que o normal (com a observação de que o consumidor não pode saber qual é a quantidade normal de hortelã), ou duas vezes mais forte, ou que o produto contém uma grande quantidade de hortelã, ou que lhe foi acrescido um sabor de hortelã, ou que o produto contém o sabor de duas espécies de hortelã. Também se considerou que a palavra *double* significa composto de dois membros, coisas, camadas, conjuntos, etc., e, também, de, pelo menos duas vezes a dimensão, valor ou intensidade normais. Além disso, se trata de termo pouco elogioso e não usual, se comparado a *much*, *strong*, *extra*, *best* ou *finest*. Já a palavra *mint* significa várias plantas aromáticas do gênero menta, que inclui vários gêneros de hortelã, bem como sugere o sabor da hortelã. Ou seja, o acórdão concluiu que a expressão *doublemint* indica uma variedade suficiente de hipóteses, de modo que não pode ser considerada como meramente descritiva, autorizando o registro. Importante notar que, para chegar a esta conclusão, o acórdão considerou que o consumidor médio possui certo domínio da língua inglesa, que lhe dá condições de perceber que a expressão *doublemint* possui mais de uma acepção, para além da simples tradução literal.

A discussão sobre o conhecimento de língua estrangeira pelo consumidor médio decorreu da Diretiva 79/112/CEE, relativa à aproximação das legislações respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade de gêneros alimentícios destinados ao consumidor final, que no art. 14, dispõe que os Estados-membros deve assegurar que seja proibido o comércio de gêneros alimentícios se as indicações não forem veiculadas

em uma língua facilmente compreensível ao consumidor, não sendo vedado que as indicações figurem em várias línguas. Significa dizer, ao menos em relação aos gêneros alimentícios, o TJ-CE considera que o consumidor médio europeu possui conhecimentos mínimos acerca da língua inglesa, o que significa, a fundo, reconhecer um bom grau de escolaridade. Em outras palavras, e conforme constou no julgamento do processo C-104/00, o consumidor médio é capaz de ler e escrever em sua própria língua, o que exclui o poliglota e o analfabeto. No mesmo julgamento constou que se considera consumidor médio aquele que, ainda que não seja falante nativo da língua inglesa, possui, com toda probabilidade, certas noções da língua que devem ser sopesadas no caso concreto.

Tratando da capacidade de análise do consumidor, no processo C-99/01, Luis Gonzáles Vaqué¹¹⁹ narra que a expressão *controlado mediante análise* não poderia sugerir ao consumidor médio outra ideia, que não fosse a de que o produto foi submetido a análise para determinar seus efeitos sobre a pele e que sua comercialização indica que os resultados foram positivos, ou seja, que o uso do produto é tolerado pela epiderme ou, ao menos o produto lhe é inócuo. O consumidor médio, portanto, não é desinformado e sem exigências. Ao contrário, é informado, atento e perspicaz, lembrando que os fatores de ordem social, cultural e linguística são mutáveis¹²⁰.

A Diretiva 29/2005, especificamente no art. 5º, 3, não ignora a existência de consumidores vulneráveis, tendo-os como aquele consumidor cuja idade, doença física ou mental, credulidade, etc., ocasione uma maior susceptibilidade em sofrer qualquer espécie de abuso por parte dos fornecedores. Interessa ao presente estudo, entretanto, o conceito de consumidor médio, principalmente porque considerar o consumidor como informado, atento e perspicaz é deveras perigoso, pois se trata de uma construção jurídica que aproxima por demais do homem do liberalismo (em estado natural), ciente de todos seus direitos e obrigações e, portanto, livre para contratar e obrigar-se pelo contrato, já que age racionalmente em busca de vantagens para si. Ou seja, os outrora argumentos do direito civil do liberalismo ganham nova roupagem (informado, perspicaz, atento, etc.), para chegar ao mesmo resultado, ignorar que o homem e o consumidor, é o mesmo ser humano, e que não desempenha apenas este *papel jurídico*, pois também é pai/mãe, empregado, devoto, associado, doente, etc.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 33.

¹²⁰ FONSECA, Maria Ana Cabral Sacadura Alexandre da. *Op. cit.*, p. 11.

A noção de consumidor médio do direito europeu não guarda correlação necessária com o conceito *stricto sensu* de consumidor – muito parecido com o conceito de consumidor brasileiro dado pela teoria finalista –, mas sim com a vulnerabilidade. O consumidor médio é informado, atento e perspicaz e assim, possui grau de vulnerabilidade reduzido, se comparado, p. ex., com o consumidor brasileiro (o conceito adotado pelo direito europeu determina que se observem as características sociais, culturais e linguísticas).

O consumidor europeu – que não deixa de ser considerado vulnerável, conforme consta no segundo *considerando* da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor (Resolução 543, de 17.05.1973) – possui características que divergem bastante daquelas verificadas em relação ao consumidor médio brasileiro. Seria impensável, no Brasil, dizer que o consumidor possui noções de língua inglesa que lhe permitissem, a partir de uma determinada palavra, dali extrair diversas acepções que lhe pudessem causar dúvida. Mesmo palavras consideradas sem fronteiras¹²¹, por vezes não são tão conhecidas no Brasil¹²².

A atitude do consumidor europeu, que (conceitual e hipoteticamente) busca a informação, certamente não é a mesma do consumidor brasileiro. Para exercer uma escolha livre, o consumidor deve saber que informação obter ou, ainda, que informação é relevante, entre toda a gama que lhe é repassada pelo fornecedor. Em outras palavras, o consumidor deve saber discernir publicidade e informação sobre o produto¹²³.

Especificamente em relação aos contratos de crédito, é comum a veiculação de produtos e ofertas de pagamento aprazado, de forma a induzir o consumidor a acreditar em uma compra sem juros, como p. ex., anunciar um aparelho de ar-

¹²¹ A expressão é de Sérgio Corrêa da Costa (**Palavras sem fronteiras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 23).

¹²² Para permanecer com o inglês, não se duvida que boa parte da população saiba que está a adquirir um carro com segurança de passageiros, quando é anunciado com oito *airbags*; nem que um usuário de computador, de *tablet* ou de celular ignore a necessidade de realizar *backup*; ou que uma dona de casa saiba que na feijoada se deve adicionar *bacon*. Mas nem todos os frequentadores de academia sabem o que é *body-builder*; nem todos os leitores de revistas em quadrinhos sabem o que são *comics*; e nem todos que fazem dieta sabem a diferença entre *diet* e *light*, muito embora, neste caso, por tratar-se de alimentação, pese sobre o fabricante o dever de informar o que é um e outro.

¹²³ Recordar-se exemplo mencionado por Antônio Carlos Efig, durante palestra proferida no *Primeiro Simpósio Nacional* intitulado *Concentração de Mercado: o Brasil Passado a Limpo*, promovido por PUC/PR, Associação Paranaense de Direito e Economia e Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil. Na oportunidade, o Autor tratava sobre publicidade e mencionou o problema de anúncios de sucos vendidos em caixa, onde se destaca a palavra néctar, dando a impressão de maior concentração de frutas, maior pureza e qualidade, e que é mais gostoso (néctar dos deuses) quando, em verdade, possuem maior concentração de açúcar (portanto, com maior probabilidade de causar problemas de saúde).

condicionado com pagamento à vista em valor de R\$ 1.199,99, ou pagamento em parcelas de R\$ 119,99, anotando-se, em letras menores que são quatorze parcelas. O consumidor desatento será induzido a pensar que o preço aprazado coincide com o preço à vista. Em pesquisa encomendada pela CNI e realizada pelo Ibope, 69% dos brasileiros afirmaram que os juros cobrados e o número de parcelas são menos relevantes no momento da compra, do que o valor da parcela poder ser pago mensalmente. Ou seja, no momento da compra, o mais importante, para 69% da população brasileira, é que o valor da parcela caiba no bolso¹²⁴.

Em pesquisa realizada pelo SPC e pela CNDL¹²⁵, em dezembro de 2013, oito em cada dez brasileiros, independentemente do estrato social, tem pouco conhecimento sobre suas próprias finanças e não sabem como controlar despesas. Apenas 18% dos brasileiros, segundo a pesquisa, tem bom conhecimento de finanças pessoais. Mais grave, em 94% dos domicílios com renda de até R\$ 1.330,00, os familiares responsáveis pelo sustento tem pouco ou nenhum conhecimento sobre as finanças da casa. O percentual é de 86% nos domicílios com renda entre R\$ 1.331,00 e R\$ 3.140,00, e de 76% nos domicílios com renda acima de R\$ 3.141,00. A mesma pesquisa apontou que quase 70% daqueles que têm baixo ou nenhum conhecimento sobre finanças pessoais, termina o mês utilizando limite de conta corrente, ou com a conta corrente zerada. Por outro lado, o percentual cai para 29%, para aqueles que acompanham e compreendem as suas próprias receitas e despesas. A pesquisa ainda aponta um dado preocupante, 36% dos entrevistados não sabiam, ou sabiam pouco sobre as contas mensais regulares. Ademais, 57% não sabia quanto gastaria com despesas extras de início de ano e, por fim, 40% declarou não ter informação exata sobre seus ganhos. Ao lado desta falta de atenção a dados básicos de orçamento familiar, ou seja, quanto se ganha e quanto se gasta mensalmente em itens para subsistência, 38% dos entrevistados informaram que não avaliam sua situação financeira, antes de adquirir um bem.

Verifica-se, pois, que o consumidor (médio) brasileiro, ao contrário do

¹²⁴ Resultados da pesquisa publicados no Diário Comércio, Indústria e Serviços, acessado em 27.01.2014, às 16:30 horas: <http://www.dci.com.br/politica-economica/brasileiro-prefere-parcela-que-cabe-no-bolso-a-juros-menores-id324486.html>

¹²⁵ Reportagem veiculando os resultados da pesquisa publicados no jornal A Tarde, acessado em 28.01.2014, às 11:31 horas: <http://atarde.uol.com.br/economia/materias/1564499-80-dos-brasileiros-nao-controlam-suas-financas>

européu, ao menos em contratos de crédito, não é propriamente informado, pois possui educação deficitária, o que lhe impede de ser perspicaz e de atentar para importantes aspectos do produto ou serviço, além de, movido pelos apelos da publicidade, às vezes comprar por impulso. Ou seja, a atitude do consumidor brasileiro limita-se, conforme pesquisa sobre as compras apazadas, a cálculos aritméticos mais simples, ou seja, verificar se a prestação mensal pode ser paga. Evidentemente que o consumidor médio brasileiro é, também, produto da ordem social, cultural, econômica e linguística na qual está inserido. Portanto, é mais vulnerável que o consumidor europeu, o que implica em um aumento da responsabilidade de informar do fornecedor.

Por outro lado, não se pode esquecer que os mesmos grandes conglomerados econômicos que comercializam e prestam serviço nos países desenvolvidos, também o fazem no Brasil. Sem qualquer medo de estar equivocado, afirma-se que diuturnamente o consumidor brasileiro faz uso de produtos de transnacionais das mais diversas categorias, podendo-se listar, em rol meramente exemplificativo, alimentos (produção e venda)¹²⁶, veículos de transporte particular e coletivo¹²⁷, eletroeletrônicos¹²⁸, produtos de tecnologia, informática e telefones celulares¹²⁹, cosméticos¹³⁰, combustíveis e derivados de petróleo¹³¹, pneus e peças para veículos¹³², bancos¹³³, vestuário e esportes¹³⁴, produtos do ramo do agronegócio¹³⁵ e medicamentos¹³⁶. De se lembrar, ainda, que a maioria das empresas transnacionais atua em mais de um segmento empresarial.

Todas estas empresas possuem formas padrões de contratação, com pequenas adaptações às legislações de cada país onde operam, sendo que as adaptações

¹²⁶ Nestlé, Coca-Cola, PepsiCo, Dr. Oetker, Walmart, Carrefour, Kraft, Makro, Elma Chips, McDonald's, Bunge, Pizza Hut, Danone, Kellogg's, Quaker, Red Bull, Burger King, Ajinomoto, Yakult, etc.

¹²⁷ GM, Fiat, Volkswagen, Ford, Toyota, Honda, Hyundai, Peugeot, Citroën, Renault, Volvo, Scania, Mercedes Benz, Caterpillar, etc.

¹²⁸ Sony, Philips, Fuji, Walita, Nikon, Arno, Brastemp, Panasonic, GE, Electrolux, Black & Decker, etc.

¹²⁹ Microsoft, Dell, Samsung, LG, Basf, IBM, HP, Apple, Nokia, Xerox, Siemens, Google, Oracle, etc.

¹³⁰ Colgate, Oral-B, Procter & Gamble, Avon, Nivea, Gillette, L'Oréal, Unilever, etc.

¹³¹ Shell, Castrol, Exxon Mobil, Agip, Chevron e Gazprom, esta ganhadora do *Public Eye Award*, prêmio promovido pelo Greenpeace Suíça e pela Declaração de Berna, que escolhe as empresas com condutas socioambientais negativas.

¹³² Pirelli, Goodyer, Bosch, Toyo Tires, Dayco, Michelin, etc.

¹³³ HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, Banco Santander (Brasil) S.A., Citibank S.A., Banco ABN AMRO S.A., Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S.A., Banco J. P. Morgan S.A., etc.

¹³⁴ Nike, Adidas, Reebok, Puma, Wrangler, Lee, Levis, Benetton, Rip Curl, Speedo, Diadora, Mizuno, C&A, Umbro, Lacoste, Polo, Ralph Lauren, GAP (mais uma empresa ganhadora do *Public Eye Award*).

¹³⁵ ADM, Bunge, Cargill, Monsanto, Pioneer, DuPont, Dow AgroSciences, Syngenta, Yara etc.

¹³⁶ Pfizer, Bayer, Roche, Aché, Aventis Pharma, Schering, Boehringer, Novartis, etc.

da forma e conteúdo dos contratos são menores quando as empresas conseguem interferir na esfera legislativa e regulamentar dos países onde atuam.

Cabe lembrar o alerta de Alfonso de Julios-Campuzano¹³⁷ sobre o que chama de forças anônimas do mercado global, que agem através de fluxos econômicos, financeiros e comerciais, geram interconexões e interdependências, atuando sob a forma de corporações internacionais que impõem limitações à governabilidade no âmbito da política e das políticas públicas estatais, provocando a necessidade de adaptação econômica e ajustes de legislação e regulamentação às exigências do mercado¹³⁸. Resistir às imposições das grandes corporações transnacionais comporta um custo político altíssimo¹³⁹. Este custo, os governantes não querem pagar. A interferência de grandes corporações no ordenamento jurídico interno é flagrante¹⁴⁰, sendo maior em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos¹⁴¹.

Com vistas nestes detalhes, verifica-se que o desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores, que já é grande na Europa, conforme aponta Sergio Cámara Lapuente¹⁴², acentua-se ainda mais no Brasil. A noção de vulnerabilidade associa-se à identificação de fraqueza de uma determinada categoria de pessoas – os consumidores – em razão de qualidades que lhes são inerentes, ou pode ser identificada pelo aspecto comparativo entre a diferença de forças de consumidor e fornecedor. O consumidor é, em abstrato, vulnerável, mas também pode ser atestada a vulnerabilidade em concreto, hipótese que justificará, em parte, a teoria do finalismo aprofundado¹⁴³, mas que se aproxima do conceito de hipossuficiência. No Brasil, por força do art. 4º, I, do CDC, a vulnerabilidade é, a priori, presumida.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 53.

¹³⁸ No mesmo sentido Luiz Edson Fachin (**Entre duas modernidades: a constituição da 'persona' e o mercado**. Revista de Direito Brasileira, São Paulo: RT, nº 1, p. 101-110, jul.-dez. 2011, p. 104): *Como escreveu Andre-Jean Arnaud, a 'governança' passa a ocupar o lugar da política, e coloca em cheque a filosofia moderna do direito e do Estado; agora, da antiga separação entre economia e direito, criticada por Hayek, emerge um novo princípio político do contrato social de Jean-Jacques Rousseau: ordem e eficiência. São as 'sociedades nacionais' que estão agora desbancadas pela sociedade sem limites, pela grande sociedade, despida de preocupações com soberania, direitos individuais e outros aspectos alheios às operações da globalização.*

¹³⁹ Rechaço do mercado, fuga de capital, perda de investidores privados e desvalorização da moeda, etc.

¹⁴⁰ A Lei 12.663, de 05.06.2012 o demonstra. Não é o lucro o objetivo da A FIFA?

¹⁴¹ Conforme notícia da BBC (consultada em 27.01.2014, às 22:00 horas), na Alemanha, em 2006, não houve necessidade de criação de uma lei para a Copa, pois o país já cumpria com as exigências da Fifa: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120315_copa_fifa_jc_jp.shtml

¹⁴² **El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos**. Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, vol. 3, p. 84-117, out. 2011, p. 107.

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 66.

Há, conforme Claudia Lima Marques¹⁴⁴, um desequilíbrio flagrante de forças, pois o consumidor não pode discutir o contrato, nem escolher um produto diferente daquele que lhe é ofertado, sendo pegar ou largar sua única opção. Por este motivo, a vulnerabilidade, mais do que reconhecer a desigualdade entre fornecedor e consumidor, impõe um tratamento desigual a favor deste último, protegendo-o, no caso dos contratos, através do dirigismo contratual que é imposto pela legislação.

Complementando o raciocínio da Autora, ousa-se dizer que, em determinadas ocasiões, o consumidor sequer tem a opção de pegar ou largar. Dizer que o consumidor sempre tem opção significaria reduzir o consumidor a um conceito abstrato, tal qual se fazia no liberalismo em relação ao cidadão, a quem se atribuía uma formal liberdade em contratar. O consumidor se trata uma pessoa que, em regra, está dissociada dos meios de produção. Ainda que possua capacidade física e técnica para valer-se por si, não consegue exteriorizar sua capacidade, transformando-a em atos. Em algumas situações, portanto, e considerando que a todos é assegurado o direito de uma vida digna, o consumidor tem apenas uma escolha: pegar. É o caso, p. ex., de bens essenciais a respeito dos quais o fornecedor possui monopólio no fornecimento, como água e luz.

Mas não só em hipóteses de monopólio jurídico o consumidor é desprovido de opção. Também quando há monopólio fático, como em pequenos municípios, onde apenas uma determinada marca de produto é comercializada, ou apenas uma instituição financeira atua, o consumidor não tem escolha. E há, ainda, a hipótese de apenas um fornecedor estar disposto a atender ao consumidor, como, p. ex., na hipótese de o consumidor inscrito em bancos de dados de consumidores, precisar trocar de veículo e, na troca, precisar entregar o veículo do qual é proprietário como parte do pagamento. Não tendo acesso ao crédito, o consumidor terá que contratar com o fornecedor que se disponha a aceitar o veículo do consumidor e fornecer um veículo em valor que o consumidor consiga pagar à vista. Ou seja, nem sempre haverá mais de uma opção, apesar de persistir a necessidade do consumidor, com uma, ou com várias opções.

Existem, acompanhando a classificação dada por Claudia Lima Marques¹⁴⁵,

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 323.

quatro tipos de vulnerabilidade¹⁴⁶, que são a técnica, a jurídica, a fática e uma padrão, vale dizer, básica e presente em relação a todos os consumidores, denominada vulnerabilidade informacional¹⁴⁷. As quatro formas de vulnerabilidade são consideradas abstratamente, e podem apresentar-se isoladas ou em conjunto, sem que haja hierarquia ou graus, referentemente a cada tipo. Basta que uma forma (ou um tipo) de vulnerabilidade se apresente – e desde que se trate de relação de consumo –, para justificar a aplicação das regras protetivas do CDC. Nunca é demais lembrar que a vulnerabilidade decorre da constatação do desequilíbrio entre consumidor e fornecedor em vários aspectos, o que gerará tratamento jurídico mais favorável ao consumidor.

a. Vulnerabilidade técnica

O primeiro tipo de vulnerabilidade é a técnica, onde o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço que pretende adquirir ou que adquire, mas estes conhecimentos técnicos são exigidos do fornecedor¹⁴⁸. A vulnerabilidade técnica decorre, assim, da exigência de qualidade de produtos e serviços, imposta ao fornecedor, com vistas a proteger-lhe a saúde (vícios de qualidade por insegurança) e o patrimônio (vícios de qualidade por inadequação)¹⁴⁹. O consumidor não precisa ter conhecimento técnico dos produtos e serviços, para poder adquirir aqueles que não lhe oferecem riscos, pois todos os que são postos no mercado devem oferecer segurança, conforme art. 8º, do CDC. Aqueles que, de qualquer modo, apresentam riscos, devem trazer informações necessárias e adequadas para alertá-lo, e indicar, com precisão, a forma correta de uso, para que dano nenhum seja causado. É a informação advertência¹⁵⁰, que deve ser prestada sem prejuízo de outras medidas necessárias, dar o adequado treinamento ao consumidor, p. ex. (art. 9º, do CDC). Ainda

¹⁴⁶ Tratando da tutela administrativa dos direitos do consumidor Adalberto Pasqualotto (**Sobre o plano nacional de consumo e cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 87, p. 249-269, mai.-jun. 2013. p. 256) menciona a vulnerabilidade política do consumidor, decorrente de sua falta de representatividade.

¹⁴⁷ O STJ (REsp 1.195.642, 3ª T., j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 21.11.2012) tem reconhecido, em abstrato, os quatro tipos de vulnerabilidade apontados por Claudia Lima Marques, sem excluir a possibilidade de reconhecer algum outro tipo de vulnerabilidade, caso se apresente, no caso concreto.

¹⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 143.

¹⁵⁰ REsp 586.316, 2ª T., j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19.03.2009.

assim (art. 10, do CDC), o fornecedor não está isento de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, ou seja, ainda que, quando da inserção do produto ou serviço no mercado, não conheça seu potencial lesivo à saúde¹⁵¹ ou patrimônio do consumidor, o fornecedor responde pelos danos causados¹⁵². A responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, no Brasil, não está prevista somente no CDC, mas também no art. 931, do CC, segundo consta no Enunciado 43, da I Jornada de Direito Civil, que dispõe que *a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também incluiu os riscos do desenvolvimento*, segundo noticiam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵³.

Sobre o risco do desenvolvimento, importante mencionar que na Europa, a Diretiva 85/374 considera excluída a responsabilidade do produtor quando provar: a) que não colocou o produto em circulação; b) que o defeito surgiu após a colocação do produto em circulação; c) que o produto não foi fabricado para venda ou distribuição com objetivo econômico; d) que o produto não foi fabricado ou distribuído no âmbito de sua atividade econômica ou profissional; e) que o defeito é devido à conformidade do produto com regras estabelecidas pelas autoridades públicas; f) que os conhecimentos técnicos, no momento da colocação do produto em circulação, eram insuficientes para identificar o defeito (os Estados-membros, quanto a este tópico, estão autorizados a adotar medidas derogatórias da matéria); e g) quando o defeito de um componente do produto ocorreu durante a fabricação de um produto final.

Na Europa, o risco do desenvolvimento é excludente da responsabilidade dos fornecedores (apesar de existir possibilidade de os Estados-membros adotarem medidas em contrário, como o caso da Espanha, quanto a alimentos e medicamentos, e da Alemanha, quanto a medicamentos¹⁵⁴). Entretanto, vale lembrar que o nível de exigência quanto ao desenvolvimento e realização de testes referentes a novos produtos é bastante superior aos padrões brasileiros. Não por outro motivo, p. ex., veículos vendidos no Brasil oferecem níveis de segurança defasados em vinte anos, se

¹⁵¹ REsp 575.469, 4ª T., j. 18.11.2004, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004.

¹⁵² REsp 971.845, 3ª T., j. 21.08.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 01.12.2008.

¹⁵³ **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Método, 2012, p. 186.

¹⁵⁴ ESPANÉS, Luis Moisset; MÁRQUEZ, José Fernando. **Riesgos de desarrollo**. Disponível em: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/riesgos-de-desarrollo>, acessado em 28.01.2014, às 11:10 horas, p. 09.

comparados a modelos similares europeus¹⁵⁵. Enquanto no Brasil comemora-se a obrigatoriedade de itens mínimos de segurança nos veículos (*airbag* e freios ABS), na Europa modelos de veículos (também vendidos no Brasil) possuem itens de segurança bem mais sofisticados¹⁵⁶. Fica-se imaginar como seria caso existisse uma lei consumerista brasileira tão avançada.

Entretanto, há, no Brasil, imposição ao fornecedor do dever de ter conhecimento técnico sobre produtos e serviços que disponibiliza no mercado, conhecimentos que não são exigidos do consumidor. Atente-se, ainda, que o consumidor, mesmo profissional, também goza da presunção de vulnerabilidade técnica, quando o produto ou serviço adquirido não guarda conexão com a atividade desempenhada pelo consumidor¹⁵⁷, p. ex., o advogado que adquire um ar-condicionado para instalar na recepção, não possui conhecimentos técnicos sobre o aparelho, mas o utiliza para oferecer conforto a clientes. Já para o caso de consumidores profissionais, a vulnerabilidade técnica dependerá de circunstâncias fáticas para ser configurada, não cabendo presunção. Assim já decidiu o STJ, quanto à possibilidade de aplicação do CDC em contrato de crédito bancário firmado entre agricultor e instituição financeira, quando o crédito tomado foi aplicado na lavoura¹⁵⁸.

b. Vulnerabilidade jurídica

A vulnerabilidade jurídica também é presumida para o consumidor não profissional, pois decorre da falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou economia. Já para o consumidor profissional, a vulnerabilidade jurídica não é presumida, pois pode valer-se de outros profissionais, antes de obrigar-se¹⁵⁹.

A vulnerabilidade jurídica é a que mais está ligada à contratação de crédito,

¹⁵⁵ Segundo reportagem da revista Exame, acessada em 28.01.2014, às 10:36 horas: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/carros-brasileiros-sao-chamados-de-mortais-por-agencia>

¹⁵⁶ Segundo reportagem da revista Carplace, acessada em 28.01.2014, às 10:38 horas (<http://carplace.virgula.uol.com.br/honda-civic-ganha-sofisticados-sistemas-de-seguranca-ativa-no-reino-unido/>), o Honda Civic, no Reino Unido terá, como itens de segurança: a) sistema ativo de frenagem que aciona sozinho quando a velocidade for de até trinta quilômetros horários, para evitar colisões com outros veículos ou pessoas; b) alerta de colisão frontal; c) sistema de suporte ao farol alto, que baixa a luz ao identificar a presença de veículo na mão contrária; d) sistema de reconhecimento de sinais de trânsito; e) alerta de ponto cego; f) monitor de cruzamento; e g) alerta de mudança de faixa.

¹⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁸ AgRg nos EDcl no REsp 866.389, 3ª T., j. 19.06.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 01.07.2008.

¹⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 327.

pois o conteúdo do contrato, apesar da regra do art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC, de que as cláusulas devem ser redigidas em termos claros, de modo a facilitar a compreensão do consumidor, nem sempre é perfeita e integralmente compreendido, principalmente em virtude da aplicação de linguagem técnica, em regra não utilizada pelo consumidor em suas relações familiares, de amizade, nem profissionais, a não ser nos casos de consumidores que trabalhem em áreas específicas, lidando com linguagem da mesma natureza. Este, em verdade, é um problema geral, atinente aos contratos de adesão.

b.1. Contratos de adesão

Já ficou clara a opção do estudo, em considerar que nem sempre os atos que envolvem manifestação de vontade dirigem-se à consecução de interesses próprios e que nem por isso deixam de ser racionais. Há, entretanto, uma característica importante em relação aos contratos, que precisa ser analisada sob o mesmo aspecto.

Os contratos de adesão, conforme noticia Claudia Lima Marques¹⁶⁰, são formados e formadores da sociedade de consumo, onde o sistema de produção e distribuição de produtos e serviços despessoalizou-se e predominam os métodos de contratação em massa, ou estandardizados. Os contratos de adesão, conforme ressalta Rizzatto Nunes¹⁶¹, acompanham a produção, ou seja, o produto ou serviço é elaborado unilateralmente e posto à disposição para ser adquirido. Não há, também aqui, outra opção, que aderir ou não. Os fornecedores oferecem uma série de produtos e serviços que não podem ser adquiridos sem antes ser firmado o contrato, em regra, de adesão. É o caso, p. ex., da contratação de crédito (em suas diversas modalidades) junto a uma instituição financeira, de seguro, de um plano de saúde, ou da aquisição de um imóvel ou de um automóvel. Vale dizer, o contrato, por vezes, é parte integrante do produto ou serviço e, por vezes, é o bem em si.

Considerada a situação de desequilíbrio entre os contratantes, é o consumidor quem adere ao contrato, ou seja, é a parte vulnerável, e nem sempre os contratos de adesão são formais, ou escritos. Podem apresentar-se através das denominadas condutas sociais típicas, ou seja, sob a forma de recibos simples, como os

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹⁶¹ **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

de estacionamento pago¹⁶², ou ainda como comprovantes de uso em caixas automáticos, onde é possível contratar empréstimos, firmando-se contratos de adesão sem a presença física de um representante do fornecedor. Sua representação se dá por máquinas que exigem do consumidor o uso de cartões, senhas, toques, etc.¹⁶³. O mesmo fenômeno, agravado pelo fato de invadir o espaço privado do consumidor, verifica-se com o uso da rede de computadores, no comércio eletrônico. Contratos de adesão são uma forma desumanizada de contratar.

Mas, os contratos de adesão se massificaram em virtude de ter, a ciência jurídica, aceito que fossem estabelecidas condições gerais de oferta da contratação, bem como cláusulas contratuais gerais. As condições gerais de contratação, conforme explica José de Oliveira Ascensão¹⁶⁴, surgiram no art. 1.341, do Código Civil Italiano de 1942, que dispõe que as condições gerais do contrato, preparadas por um dos contratantes, são eficazes contra o outro, se no momento da celebração do contrato as conhecia ou deveria ter conhecido, utilizando a normal diligência. Entretanto, o próprio art. 1.341 veda que condições gerais sejam eficazes, a menos que especificamente aprovadas por escrito, quando determinarem, em favor de quem elaborou o contrato, limitações de responsabilidade, direito de rescisão ou de suspensão, limitações de direito do aderente, restrições à liberdade contratual do aderente com terceiros, renovação tácita do contrato, cláusulas de arbitragem ou exceções para a atividade jurisdicional, referentemente ao contrato.

As condições gerais ligam-se ao que Claudia Lima Marques¹⁶⁵ denomina de contratos submetidos a condições gerais, que podem ser escritos ou verbais, sendo que o consumidor aceita, de forma tácita ou expressa, que cláusulas elaboradas prévia e uniformemente pelo fornecedor, discipline o contrato. É o caso do contrato de transporte, do contrato de prestação de serviços em parques de diversões onde se faz o uso de passaporte e, também, de alguns contratos bancários, como os títulos de capitalização, p. ex.

Já as cláusulas contratuais gerais ligam-se mais precisamente aos contratos de adesão, eis que apresentadas por escrito, em impresso previamente preparado pelo

¹⁶² *Ibid.*, p. 669.

¹⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁴ **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: UFPR, nº 39, p. 5-22, 2003, p. 7.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 74.

fornecedor, restando apenas o preenchimento de alguns campos específicos, normalmente relacionados aos dados pessoais do consumidor, a alguma garantia que é apresentada e ao produto ou serviço fornecido, considerados tão somente aqueles oferecidos ao mercado pelo fornecedor que elaborou o contrato. Rizzatto Nunes¹⁶⁶ aponta cinco características das cláusulas gerais: a) são preestabelecidas; b) unilateralidade; c) uniformidade; d) abstração; e e) rigidez. Renata Mandelbaum¹⁶⁷ acrescenta ao rol duas outras características: a) surgem da superioridade do estipulante, entendida em sentido amplo, e não só econômico; e b) são minuciosas, formando verdadeiro regulamento.

Em contratos de adesão formais que fazem uso de cláusulas gerais, ou em contratos informais, onde existem as condições gerais de contratação, há a característica de que o consumidor nada mais faz do que aderir às regras contratuais postas. Aliás, em alguns casos – principalmente em contratos não escritos –, o consumidor sequer conhece as regras contratuais postas, pois não lhe são todas apresentadas no momento da contratação. É o caso, p. ex., do consumidor que ao adentrar em um parque privado, a cada atração verifica as específicas regras de comportamento para participar da atividade, com riscos de ser penalizado com a expulsão sumária do local.

Nos contratos de adesão não há possibilidade de discussão de cláusulas. A liberdade de contratar é limitada, reduzindo-se a manifestação de vontade à mera anuência às cláusulas prefixadas¹⁶⁸. A aceitação refere-se a todo o contrato, ou seja, a regra, neste modelo contratual, é evitar que o consumidor faça ressalvas ou adendos.

Para a formação do vínculo, mesmo em contrato de adesão, exige-se do consumidor a manifestação de vontade, havendo o alerta de Claudia Lima Marques¹⁶⁹ de que ao consumidor deve ser dada a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, que deverá ser redigido de forma a possibilitar sua compreensão pelo homem comum. Não se concorda por completo com a afirmação da Autora, porque o homem comum, no Brasil, é analfabeto funcional, incapaz de ler e compreender mais que algumas frases breves. Ao lhe ser apresentado para leitura um contrato de várias laudas para ser lido de afogadilho, no interior do estabelecimento comercial, muito

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 670.

¹⁶⁷ **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996, p. 110.

¹⁶⁸ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 254.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 80.

pouco será compreendido pelo consumidor. O dever de informação e de educação para o consumo impõe ao fornecedor uma conduta mais proativa e responsável. Cabe-lhe não só oportunizar ao consumidor que tome conhecimento do instrumento contratual e de seu conteúdo, mas também lhe cabe esclarecer todas as dúvidas do consumidor e alertá-lo, ainda que o consumidor não tenha perguntado com especificidade, para todas as cláusulas contratuais que lhe imponham deveres ou representem restrições de direitos.

O vínculo contratual forma-se pela manifestação do consumidor em aderir ao contrato, o que faz assinando-o ou, em caso de contratos verbais, cumprindo as determinações e instruções que lhe são passadas pelo fornecedor. Não há espaço para discussão. Não há negociação. Não há tempo e espaço para reflexão racional sobre o ato jurídico que se está a praticar. Por estes motivos, conforme assevera Claudia Lima Marques¹⁷⁰, torna-se possível a inclusão de cláusulas contratuais abusivas, que asseguram vantagens unilaterais e excessivas ao fornecedor, ao mesmo tempo em que restringem direitos do consumidor. Em contratos de adesão os fornecedores utilizam-se das condições gerais dos contratos. São cláusulas contratuais pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor e que se prestam a serem utilizadas em múltiplos contratos. A depender do contrato, uma ou mais cláusulas contratuais são excluídas, e outras, específicas do contrato que se pretende firmar, são inseridas. É o caso, p. ex., do uso, pelas instituições financeiras, de cláusula geral referente ao uso da comissão de permanência, que será fixada conforme a média da taxa praticada pelo mercado no dia do vencimento da obrigação (por vezes, a indexação é pela taxa mais alta praticada pelo mercado), infelizmente a jurisprudência do STJ é uníssona em proteger a instituição financeira, neste específico caso¹⁷¹.

Tais cláusulas contratuais gerais, segundo Claudia Lima Marques¹⁷², possuem por características: a) fazer parte de um contrato, independentemente do tipo de contrato, e onde se encontrem afixadas as cláusulas (podem se apresentar como avisos em paredes ou portas, recibos de transações em caixas eletrônicos, avisos na tela dos caixas eletrônicos, instruções na entrada do estabelecimento, tickets ou cartões entregues na entrada do estacionamento, etc.). Em contratos escritos, as cláusulas

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 82.

¹⁷¹ Neste sentido, o entendimento sumulado do STJ. *Súmula 294. Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.*

¹⁷² *Op. cit.*, p. 85.

contratuais gerais também se apresentam preestabelecidas, como no caso de uma declaração médica que exonera de eventuais resultados da intervenção médica, ou no caso de assinatura de termos e condições em compras eletrônicas, etc.; b) ser pré-elaboradas para serem incluídas em contratos futuros, estejam arquivadas em computador ou impressas em formulário padrão; c) destinar-se a serem utilizadas em um número múltiplo de contratos, das mais variadas espécies, já que são cláusulas modelo, passíveis de serem encaixadas em diversos contratos que tenham natureza conexa; e d) as cláusulas são unilaterais, sendo indiferente se elaboradas pelo fornecedor ou por um terceiro por solicitação do fornecedor, como no caso de tabeliões que mantém uma escritura pública padrão para utilizar em relação a todos os consumidores que contratam, p. ex., financiamento com garantia hipotecária em favor de instituição financeira.

Os contratos de adesão, enfim, caracterizam-se por serem elaborados unilateralmente, com cláusulas e condições preestabelecidas pelo fornecedor e destinados a todo e qualquer consumidor que, preenchendo os requisitos legais e os exigidos pelo próprio contrato, a ele pretendam aderir. Não há discussão de cláusulas, e mesmo que algumas poucas observações sejam lançadas sobre o contrato, continuará de adesão. A manifestação de vontade é reduzida em anuir à proposta.

O fato de o consumidor realizar a adesão ao contrato, não significa que tenha tomado conhecimento de todo o conteúdo do instrumento e, mesmo tendo-o lido, não significa que tenha compreendido e, mesmo o tendo, não significa que o consumidor concorda com as cláusulas. Entretanto, conforme aponta Antônio Carlos Efig, na maior parte das vezes o consumidor não pode escusar-se em aderir, pois necessita do usufruto do produto ou serviço fornecido através da contratação por adesão¹⁷³.

O problema da manifestação de vontade do consumidor em sede de contratos de adesão é exatamente a adesão, em regra, irrefletida, que não pode ser considerada totalmente racional e, em boa medida, também não se pode dizer que foi uma decisão orientada pelo autointeresse, eis que eivada de condicionantes socioeconômicas, às quais se acrescenta as cláusulas e condições impostas pelo fornecedor e que, ainda que não se possa dizer que são capazes de viciar a vontade,

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 256.

certamente obnubilam a razão plena, continuando a obrigar o consumidor.

b.2. Crítica à concepção do sujeito a partir da ótica da contratação por adesão

Rizzatto Nunes¹⁷⁴ aponta que o método de contratar por adesão surgiu pelo fato de o direito ter acompanhado o movimento de expansão da produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços padronizados.

Produtos e serviços são definidos e desenvolvidos pelos produtores, tanto em relação à qualidade (respeita ao desenvolvimento do produto) e quantidade (quantidade de produto posto em circulação por espaço de tempo – o que se liga, em termos, à capacidade de produção –, para não provocar queda abrupta dos preços). Também são os produtores que, através da padronização, não só do modelo do produto ou da modalidade do serviço, mas também dos meios de produção, logística e comercialização, conseguem oferecê-los ao mercado em grande quantidade. Assim, fica a questão: se os meios de produção, logística e comercialização são iguais e se os produtos e serviços são iguais, por que motivo a forma de aquisição por parte do consumidor seria diferente?

Quando se trata de mercado de consumo a padronização é regra, e a diferenciação torna-se exceção que se acresce ao preço¹⁷⁵, mas que nem sempre é ofertada ou acessível.

Se, por um lado, ficou superada a concepção liberal do homem como formalmente igual, ou seja, que possui os mesmos direitos e obrigações frente todos os demais, independentemente de classe social, raça, sexo, etc., na sociedade de consumo, materialmente retorna-se, em boa medida, a uma concepção de consumidor que não é menos padronizada do que a noção de homem livre e igual de outrora. O *sujeito consumidor* é um cidadão vulnerável (presumidamente), que precisa da tutela estatal em virtude da situação de desequilíbrio frente os fornecedores. Esta concepção (jurídica) não deixa de ser formal. Em que pese o reconhecimento da desigualdade material pela legislação, as características de generalidade e abstração da norma se mantêm.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 673.

¹⁷⁵ Não só produtos para clientes especiais de classes sociais abastadas podem ser individualizados. Em lojas de calçados da rede de computadores é possível solicitar a gravação do nome do comprador no calçado (uma chuteira, p. ex.) ou na camiseta de time de futebol pelo qual se torce e em outros produtos.

Havia igualdade formalmente reconhecida, mas desigualdade material (socioeconômica, técnica, jurídica, informacional, etc.), o que gerava a distorção de se presumir que os contratantes celebravam acordo em igualdade de condições. Em verdade, o contratante em posição de superioridade impunha sua vontade ao inferiorizado.

Um adendo necessário. É comum encontrar na literatura a afirmação de que, no período pós Revolução Francesa, e em virtude dos ideais de liberdade e igualdade, os particulares eram livres para debater, em plano de igualdade, os termos contratuais, o que não é totalmente verdade. Contratar em igualdade não decorreu da Revolução Francesa. Senhores feudais contratavam entre si, e em igualdade, séculos antes, comerciantes o faziam nas Cruzadas, e patrícios em Roma. Historicamente, quando dois agentes da mesma classe social contratavam, era em igualdade de condições. Por outro lado, quando classes sociais distintas contratavam, havia desigualdade e imposição da vontade da classe superior. Basta lembrar, p. ex., a servidão nos feudos, transformada em arrendamento vitalício e transmissível aos herdeiros. Quando se faz referência à Revolução Francesa, portanto, é sempre preciso alertar que houve um formal reconhecimento de igualdade, mas que, entre classes econômicas e sociais diversas, a contratação continuou sendo desigual. Pouco se vê, em verdade, de diferença entre os atuais contratos de adesão, e os contratos de trabalho da Revolução Industrial, onde o capitalista impunha todas as condições contratuais através da oferta de emprego, e o trabalhador aderiria.

Atualmente, há reconhecimento formal da desigualdade e há, sem dúvida, a (real) desigualdade material¹⁷⁶. Não se presume o acordo celebrado em igualdade de condições, de modo que a legislação fixa, ao contratante em situação de superioridade, uma maior quantidade de deveres pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, em tentativa de reequilibrar a relação jurídica. Mas mesmo uma legislação protetiva – e o CDC o é –, não elimina a desigualdade material. Além disso, há o problema de interpretar o novo pelo prisma de velhos conceitos. E neste aspecto, a jurisprudência brasileira é farta. Cita-se, p. ex.: a) as constantes inscrições indevidas em bancos de dados de consumidores, com indenização em valores irrisórios se comparadas aos

¹⁷⁶ Aliás, hodiernamente – apesar da melhora das condições de trabalho, e limitações legais impostas à relação de trabalho (dirigismo contratual) – não há muita diferença, pois o empregador fixa a atividade (função), a jornada de trabalho, o salário, o período de gozo de férias, etc.

lucros de instituições financeiras e operadoras de telefonia (litigantes habituais), com fundamento no enriquecimento sem causa da vítima¹⁷⁷; b) a interpretação dada ao art. 42, p. ún. do CPC, de que a locução *salvo hipótese de engano justificável*, configura uma exigência de má-fé do fornecedor quando realiza a cobrança¹⁷⁸, ou seja, conforme denuncia Sergio Cavalieri Filho¹⁷⁹, o STJ, interpreta a regra com olhos na súmula 159, do STF¹⁸⁰, e imputa ao consumidor o ônus de demonstrar que o fornecedor agiu com má-fé¹⁸¹; e c) a súmula 381, do STJ, que dispõe que é vedado ao julgador conhecer, *ex officio*, da abusividade de cláusulas contratuais em contratos bancários¹⁸², mesmo quando o art. 1º, do CDC estabelece que o todo ele é norma de ordem pública e interesse social e, o art. 5º, XXXII, da CF, que a proteção do consumidor é direito fundamental¹⁸³. O CDC é considerado norma de interesse social pelo fato de o legislador pretender que desempenhe a função (social) de intervir nas relações de consumo, impondo conduta ética ao mercado de consumo, a proporcionar a um determinado e gigantesco grupo categorizado juridicamente, os consumidores, melhores condições de acesso e fruição de produtos e serviços, bem como proteger-lhes contra a exploração indevida. A função social também desempenha uma função regulatória, pois estabelece

¹⁷⁷ Foi o caso de ação envolvendo o Banco Bradesco S.A. (lucro líquido de doze bilhões de reais em 2012, o equivalente a R\$ 380,51 por segundo, conforme notícia do Portal G1, consultada em 31.01.2014, às 11:28 horas: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/01/bradesco-tem-lucro-liquido-de-r-12-bilhoes-em-2013.html>), onde o STJ limitou a indenização em R\$ 5.500,00, para evitar o enriquecimento sem causa do consumidor, anotando que levou em conta o porte socioeconômico do causador do dano: AgRg no AREsp 111.657, 4ª T., j. 13.03.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 19.03.2012.

¹⁷⁸ Esta interpretação mereceu crítica de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (**Comentários do código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 805): *Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar que o fornecedor se 'descuidasse' e cobrasse a mais dos consumidores por 'engano', que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu 'poder' na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento 'sem causa' do consumidor.*

¹⁷⁹ **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 204.

¹⁸⁰ Súmula 159. *Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil*. Editada em Sessão Plenária do dia 13.12.1963. O art. 1.531, referido pela súmula, é do CC/1916, e teve a redação repetida pelo art. 940, do CC, com decadência em lugar de *prescrição*.

¹⁸¹ AgRg nos EDcl no REsp 1.041.589, 4ª T., j. 20.06.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJ 01.07.2013.

¹⁸² Philippe Flores e Gérard Biarreau (**O ofício do juiz e o crédito ao consumo**. Trad. Káren Rick Danilevicz Bertonecello. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 87, p. 31-47, mai.-jun. 2013. p. 41) explicam a atuação dos juízes, na França, quanto a obrigatoriedade de serem conhecidas e declaradas nulas, *ex officio*, as cláusulas contratuais abusivas, em contratos de crédito ao consumo.

¹⁸³ Interessante crítica à súmula 381 é feita por Mauro Borba e José Alcebíades Oliveira Jr. (BORBA, Muaro; OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 129-147, out.-dez 2012, p. 143), que sustentam que, sendo as escolhas condicionadas, não há como privar o Poder Judiciário de, mesmo *ex officio*, corrigir as desigualdades materiais.

padrões de comportamento dos fornecedores, com previsão de sanções civis, penais e administrativas para aqueles que desrespeitarem os padrões estabelecidos pelo CDC. Ao decidir pela impossibilidade de que cláusulas contratuais abusivas sejam reconhecidas *ex officio*, o que se faz é reafirmar o dogma do homem (consumidor) em estado de natureza. O STJ sinaliza ao consumidor que, se contratou, compreendendo a extensão das obrigações que lhe foram impostas por cláusulas padrão, ou não, deve cumprir o contrato, e que o Poder Judiciário nada pode fazer pelo consumidor, caso não seja especificamente provocado. Pensa-se nos inúmeros processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, onde o consumidor, desacompanhado de advogado¹⁸⁴, não argui a nulidade de cada cláusula que considera abusiva. Estas, segundo a súmula 381, terão que ser cumpridas. O posicionamento do STJ mereceu críticas por parte de Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa¹⁸⁵, que afirmam que o art. 51, do CDC, ao anotar que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que arrola em seus incisos, utiliza o sistema de nulidades do CC, sendo que o art. 51 está a tratar de nulidade absoluta, que deve ser conhecida *ex officio*, na forma do art. 168, p. ún., do CC. Anotam, ainda, que a súmula 381, não se aplica a relações de consumo, aí incluídos os contratos bancários firmados entre instituição financeira e consumidores.

Pouco a pouco a jurisprudência vai regredindo no que toca à defesa do consumidor, dando às relações de consumo roupagem de relações civis, reconhecendo formalmente os direitos, mas impossibilitando sua concretização prática. Esta situação fica visível quando se compara consumidores e fornecedores. Consumidores de mesma categoria recebem tratamento idêntico. Nas relações de consumo existem diferenças, mas apenas se houver comparação de classes sociais de consumidores¹⁸⁶. A depender do poder de compra, alguns consumidores terão acesso a bens de consumo de diferentes categorias. Aliás, quando se trata de acesso, pode-se dizer mesmo acesso físico. Não é comum que consumidores com baixo poder aquisitivo frequentem locais com elevado valor de entrada. E ainda que pudessem fazê-lo, provavelmente sofreriam alguma

¹⁸⁴ Nas causas com valor equivalente a até vinte salários mínimos fixados em lei federal, a parte tem capacidade postulatória, na forma do art. 9º, da Lei 9.099, de 26.09.1995.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 356.

¹⁸⁶ O fenômeno dos *rolezinhos nos shoppings* assim o demonstram.

espécie de discriminação, como p. ex., por não trajarem-se adequadamente¹⁸⁷.

Quando o elemento de comparação são consumidores de classes econômicas diferentes, evidencia-se a diferença. Esta comparação não pode ser ignorada, pois é elementar à orientação, p. ex., de políticas públicas. Não se irá instalar um posto de saúde, ou escola, em bairros onde os consumidores, em virtude do alto poder aquisitivo, frequentam escolas particulares e possuem planos de saúde, já estando instalados, no local, clínicas médicas e hospitais que atentem aos planos e/ou a consultas particulares. O posto de saúde e a escola pública serão destinados aos bairros habitados por pessoas com menor poder aquisitivo e que necessitam daquela prestação estatal. Fixar critérios a partir das necessidades e impossibilidades de consumo para orientar a realização de políticas públicas, entretanto, não é objeto do estudo.

Tratando-se de consumidores com poder aquisitivo igual ou semelhante, que pretendem adquirir o mesmo produto ou serviço, ou seja, quando o elemento comparativo é a relação consumidor/fornecedor, as diferenças, materialmente, passam a inexistir. Consumidores de mesma classe econômica recebem mesmo tratamento. Consumidores menos abastados que frequentarem uma loja de departamentos serão tratados da mesma forma pelo fornecedor. Em regra não haverá atendimento por empregado encarregado de realizar a oferta verbalmente no interior do estabelecimento e os produtos estarão propositalmente em mostruário. Quando o consumidor se interessa pelo produto, procura o vendedor para arguir sobre características de preço, condições de pagamento, etc. Interessante notar, principalmente em grandes lojas varejistas, a pequena quantidade de vendedores e o grande aparato de segurança¹⁸⁸. Por outro lado, para consumidores com alto poder aquisitivo, o estabelecimento oferece melhor tratamento, um vendedor que atende com exclusividade, mimos, etc. Mas o tratamento, personalizado ou despersonalizado, é o mesmo, já que é definido pela natureza do estabelecimento. Este é que acaba por indicar a que classe de consumidores se destina,

¹⁸⁷ Caso de entradas de boates, onde consumidores postam-se em fila, aguardando serem *selecionados* para entrar, o que dependerá não só da disposição em pagar o valor respectivo, mas também das vestimentas e acessórios. Situação assemelhada foi objeto de ação judicial que ficou famosa, quando uma estudante, em Minas Gerais, moveu ação de indenização em face da boate, por ter tido a entrada barrada sob a alegação de que usava um traje inadequado (Processo 0216686-13.2010.8.13.0223, 1ª Turma de Uniformização dos Juizados Especiais). A ação foi julgada improcedente e o recurso improvido.

¹⁸⁸ É quase esquizofrênico que o fornecedor deseje que o consumidor venha ao estabelecimento e adquira produtos e serviços expostos, mas o taxa de criminoso em potencial, o que se denota pelo sistema de segurança, vale dizer, câmeras de filmagem espalhadas em todos os locais, detectores de metal com alarmes que produzem sinal sonoro quando o limite do estabelecimento é ultrapassado sem retirada da etiqueta metálica, seguranças presentes em todos os acessos e saídas, etc.

em verdadeira estratificação social por classes econômicas.

Houve com a sociedade de consumo, a formação de uma presunção que se pode chamar de consumidor em estado de natureza, ou seja, sujeito livre para consumir (ou não) em relação a produtos e serviços que se lhe colocam à disposição. É como se o consumidor gozasse de plena liberdade de escolha e tivesse condições de deixar de consumir quando não encontrasse o produto ou serviço desejado, ou as condições de pagamento que suporta, e que fosse capaz de compreender todos os aspectos e cláusulas de um contrato¹⁸⁹, de modo a obrigar-se ao cumprimento, a não ser que surja nova situação, externa e de caráter objetivo, causadora de onerosidade excessiva, o que autorizaria o consumidor a (tentar) rever o contrato, adequando-o à nova realidade.

Este mesmo consumidor pode encontrar-se atado a um vínculo contratual de longa duração¹⁹⁰, onde a legislação e os órgãos de regulamentação autorizam ao fornecedor a alterar o preço para adequar o valor do produto ou serviço ao mercado e evitar a defasagem decorrente da inflação, mas não autorizam o consumidor a recusar-se a aceitar a majoração, ainda que ele tenha perdido o emprego ou passe por um momento de gastos extraordinários, que lhe dificultem ou impossibilitem pagar os valores reajustados. Ao consumidor caberá a única escolha de deixar de gozar do produto ou serviço, mesmo os imprescindíveis. Isto sem que exista, para o fornecedor, exigência de fato novo, externo e de caráter objetivo, a justificar a majoração do preço.

O uso maciço dos contratos de adesão é claro sinal de que, materialmente, pouco se evoluiu em relação à presunção do sujeito abstrato¹⁹¹. A todos os consumidores o fornecedor dá o mesmo tratamento, ou, em termos mais específicos, a todos os consumidores são destinadas as mesmas ofertas, são oferecidas os mesmos produtos e são realizadas as mesmas condições de contratação. Mas, há fornecedores que escolhem

¹⁸⁹ Para o STJ, basta a simples anotação no contrato de o valor dos juros anuais ser superior ao duodécuplo dos juros mensais, para que o consumidor possa compreender que está a contratar juros capitalizados (REsp 973.827, 2ª Seção, j. 08.08.2012, rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 27.09.2012), quando se sabe que praticamente 75% da população é formada por analfabetos funcionais, incapazes de realizar contas mais complicadas que as quatro operações matemáticas básicas.

¹⁹⁰ Para referir o fenómeno denominado por Claudia Lima Marques de contratos cativos de longa duração (*Op. cit.*, p. 96).

¹⁹¹ Conforme aponta Rodrigo Xavier Leonardo (**Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello**. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos [Coords.]. Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, p. 1-26, 2007, p. 13), desde o liberalismo havia equivalência entre pessoa, sujeito de direito e capacidade, retratados em conceitos vagos (homem médio, bom pai de família), ignorando-se as diferenças culturais, sociais e econômicas, bem como tudo o que distingue os seres humanos uns dos outros. As particularidades ficavam acobertadas pelo manto do sujeito de direito.

seus consumidores, deixando de atender aqueles que não possuem a condição econômica de consumir em determinados estabelecimentos.

Ao consumidor de hoje, destituído dos meios de produção, classificado por seu poder de compra, resta a opção de pegar ou largar e, em alguns casos, nem esta opção há. Via diferente deve ser tomada para a realização dos preceitos constitucionais de que todos tenham vida digna. O CDC oferece mecanismos para que se possa caminhar por esta (diferente) via. O mais importante deles, sem dúvida, é a informação, dever do fornecedor e direito do consumidor, que é o elemento chave para que se quebre, em definitivo, a concepção do sujeito abstrato, e se passe a considerar o consumidor como ser (humano) único, com anseios, medos, superstições, necessidades e possibilidades particulares, sendo todas estas características elementos essenciais a se levar em conta, quando da contratação.

Da mesma forma que o direito civil, ao longo de poucos séculos, caminhou do *pacta sunt servanda* para a boa-fé objetiva e para a função social dos contratos, é preciso que, em relações de consumo, se comece a caminhar da massificação para a individualização, vale dizer, da abstração para a particularização do sujeito.

c. Vulnerabilidade fática

A vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, considera o fornecedor como ponto de referência. Trata-se, portanto, de um conceito relativo de vulnerabilidade, pois estabelece um padrão comparativo entre consumidor e fornecedor. O fornecedor, em regra, está em posição privilegiada, que decorre de seu poderio econômico ou ainda, da essencialidade do serviço que presta. Assim, impõe-se a todos os que com ele contratam, desde particulares, até o estado¹⁹². A vulnerabilidade apresenta-se em virtude da flagrante superioridade do fornecedor, consideradas diversas situações concretas onde pode ser reconhecida a debilidade do consumidor¹⁹³. Caso de vulnerabilidade fática é a de um consumidor, técnico em informática, que adquire um computador de uma multinacional, destinando-o ao uso caseiro. Se for necessário litigar com a multinacional, apesar de possuir conhecimentos técnicos específicos sobre o produto adquirido, o consumidor continuará em situação de vulnerabilidade, em virtude da

¹⁹² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 331.

¹⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 68.

diferença de poder econômico.

Importante notar a questão atinente ao *poder das marcas*, que fixam posição única na mente do consumidor e desenvolvem identidade própria. Muitas marcas passam, com tempo, a confundir-se com o produto que fabricam, denominando-o¹⁹⁴, outras induzem o consumidor a ligá-las a uma atividade¹⁹⁵, uma boa sensação¹⁹⁶ ou status¹⁹⁷. Numa sociedade de consumo, onde a diferenciação¹⁹⁸ ocorre pelos bens possuídos¹⁹⁹, as marcas tornam-se referência simbólica. A sociedade de consumo, conforme Gilles Lipovesky²⁰⁰, estruturalmente pode definir-se pela generalização do processo de moda, que é centrada na expansão das necessidades, produção e consumo e reordenada pela obsolescência, sedução e diversificação. Em toda parte, instâncias burocráticas especializadas definem objetos e necessidades. Impõem a lógica da renovação precipitada, da diversificação e da estilização. Independência e livre iniciativa do fabricante, variação rápida e regular das formas e multiplicação de modelos e séries são os três princípios formadores do núcleo das indústrias de consumo. O que comanda a economia de consumo é a ordem burocrática-estética, organizada pela sedução, uso e descarte acelerados. Por mais que se pretenda diferenciar consumo e consumismo, quando se analisa a sociedade de consumo pelo prisma do uso e descarte de produtos e alguns serviços, verifica-se quão tênue pode ser a linha divisória. O celular é um exemplo típico. Antes de existir, não havia necessidade dele. Depois, passou-se a precisar, para não depender de pontos fixos de acesso ao serviço. Em curtos espaços de tempo lançam-se novos modelos, com novas funções. Conforme Patrícia Mariuzzo²⁰¹, os celulares podem ser câmeras de foto e vídeo, computadores de mão, etc., e ainda fazer ligações telefônicas. Além disso, operadoras oferecem serviços de valor adicionado, p. ex., tráfego de mensagens, download de músicas e filmes, realização de

¹⁹⁴ É o caso do Bombril (esponja de lã de aço), do Leite Ninho (leite em pó), da Gillette (lâmina de barbear), do Chiclete (goma de mascar), do Band-aid (curativo adesivo), do Xerox (fotocopiadora), etc.

¹⁹⁵ Nike e Adidas em relação aos esportes.

¹⁹⁶ Victoria's Secret, Kenzo ou Valentino, em relação a beleza e sedução.

¹⁹⁷ Chanel, Gucci, Dolce & Gabbana, Prada, Rolex, Cartier, etc.

¹⁹⁸ Moda também é diferenciação: MARQUES, Claudia Lima. **A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: 'studium generale' sobre o consumidor como 'homo novus'**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 85, p. 25-63, jan.-fev. 2013. p. 44

¹⁹⁹ A constatação é de Jean Baudrillard (**A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, p. 13).

²⁰⁰ **O império do efêmero**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 159.

²⁰¹ **Novos celulares ganham capacidade de integrar múltiplas funções**. Revista Inovação, Campinas: Uniemp, nº 5, v. 2, p. 42-43, nov./dez 2006.

operações bancárias, navegação na internet, etc. Como incorporam novas funções, o desenvolvimento também lhes altera o design (forte elemento de competitividade) por tratar-se de diferencial estratégico. O design cria uma linguagem particular da marca, atribui identidade ao produto. A Autora aponta que os fabricantes levam em conta que o celular é produto de uso individual, que simboliza o tipo de pessoa e seu estilo de vida, sendo, também, um acessório de moda.

A constatação sobre celulares aplica-se aos demais produtos. De fogões a veículos, tudo é observado como elemento caracterizador da pessoa. Estas, por mais que sintam desconforto em serem julgadas pelo que têm e não por suas capacidades, cedem a convenções sociais por necessidade de aceitação, como em uma empresa onde se busca emprego. E o não enquadramento em padrões de aceitabilidade produz consequências, como pleitos de indenização de empregados em face de empregadores que lhes exigem mudança de aparência, pais em face de escolas por *bullying* sobre os filhos, clientes insatisfeitos com o corte de cabelo ou tratamento estético, etc.

A vulnerabilidade fática supera o aspecto econômico. Decorre da necessidade de aquisição de produto ou serviço, seja porque é indispensável (transporte coletivo), ou porque o consumidor precisa ser aceito em grupos que exigem um comportamento, vestimentas e posses condizentes. Esta vulnerabilidade permite que, por vezes, qualifique-se como de consumo uma relação entre profissionais, quando há flagrante desequilíbrio econômico entre eles²⁰², não se confundindo com a hipossuficiência²⁰³. Bruno Miragem²⁰⁴ aponta que a vulnerabilidade fática compreende a econômica, esta tomada quando, em comparação, verifica-se a situação econômica de fornecedor e consumidor, caracterizando-se a fraqueza deste na falta dos mesmos meios e no diferente porte econômico. Marcos Jorge Catalan e Pablo Malheiros da Cunha Frota²⁰⁵ apontam que a pessoa jurídica será considerada consumidora, desde que: a) adquira ou utilize produtos ou serviços fora de sua atividade profissional; b) haja vulnerabilidade concreta e em sentido amplo; c) exista destinação fática e econômica; e d) não haja intermediação. Em alguns casos não se pode exigir que a pessoa jurídica

²⁰² REsp 1.010.834, 3ª T., j. 03.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13.10.2010.

²⁰³ Que é critério de inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, VIII, do CDC.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 67.

²⁰⁵ **A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor.** Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo, São Paulo: Fiuza, nº 1, p. 145-180, 2009, p. 170.

utilize o produto ou serviço de fora da atividade profissional, mormente quando seu uso fomenta a atividade. Também haverá vulnerabilidade fática quando, em uma relação entre profissionais decorrente de monopólio jurídico²⁰⁶ (energia elétrica ou de água e esgoto) ou fático²⁰⁷, um deles responde por grande parcela do mercado.

d. Vulnerabilidade informacional

A vulnerabilidade informacional, conforme aponta Claudia Lima Marques²⁰⁸, não decorre da falta de informação, pois a informação, como regra, é abundante, apesar de ser manipulada, controlada e, em alguns casos, desnecessária. Decorre do monopólio da informação, que se encontra nas mãos do fornecedor, o que é grave fator de desequilíbrio, pois a filtragem das informações repassadas pode ocultar elementos, qualidades e características do produto ou do serviço que interfeririam na decisão do consumidor, em adquiri-lo ou não. É o caso, exemplifica, de informar se determinado alimento é composto por OGM's, ou se o produto é capaz de gerar dependência²⁰⁹.

Informação é poder. Tê-la e não repassá-la, quando é necessário, representa assumir o risco de responsabilização e, por outro lado, compartilhá-la leva a compensar, ainda que parcialmente, a vulnerabilidade do consumidor, bem como a contribuir para o equilíbrio das forças de mercado, pois possibilita uma escolha informada, um pouco mais livre. Sobre o direito à informação, Claudia Lima Marques²¹⁰ menciona a multiplicação de demandas que buscam obter informações. É o caso das ações de prestação de contas, que em sua primeira fase prestam-se menos a verificar as contas da instituição financeira, e mais a obter os extratos de conta, em regra sonegados, ainda que se trate de serviço integrante do valor cobrado mensalmente dos consumidores e demais correntistas.

O defeito em prestar informações encontra eco na jurisprudência. O STJ já reconheceu a responsabilidade civil de leiloeiro, por falta de informação adequada sobre

²⁰⁶ REsp 1.190.139, 2ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 13.12.2011.

²⁰⁷ REsp 660.026, 4ª T., j. 03.05.2005, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27.06.2005.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 335.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 336.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 338.

o produto objeto do leilão²¹¹. Em outra decisão importantíssima, proferida em ação civil pública que envolveu a Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro – FETRANSPOR, o STJ reconheceu a responsabilidade da empresa por não informar aos consumidores sobre créditos existentes em bilhetes eletrônicos, fazendo com que os consumidores pagassem por um serviço que acabavam não utilizando²¹².

Ainda em outro caso o STJ responsabilizou o fabricante por não informar adequadamente, na embalagem, que havia o risco de o consumidor sofrer alergia e dermatite se a pele estivesse em contato direto com o produto, fato que ocorreu a uma consumidora²¹³.

Verifica-se, pois, que a vulnerabilidade informacional não é menos importante que as outras três modalidades, sendo que, quanto a esta última, ainda há amplo espaço para aprofundá-la, revelando toda sua potencialidade protetiva do consumidor.

Postas, enfim, as quatro formas de vulnerabilidade do consumidor, e constatado que, de fato, consumidor e fornecedor se encontram, jurídica e materialmente, em situação de desequilíbrio de forças, torna-se possível estabelecer um conceito de consumidor.

3.3.1.3. Consumidor

Em regra, as definições de consumidor e de fornecedor são construídas a partir das conceituações postas nos arts. 2º e 3º, do CDC. Conforme o CDC, consumidor em sentido estrito, seria a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou um serviço, como destinatário final. E fornecedor seria a pessoa física ou jurídica de qualquer natureza, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem, exemplificativamente, atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização ou prestação de serviços.

Apesar de não ser recomendável, a conceituação posta no CDC tenta ser

²¹¹ REsp 1.035.373, 4ª T., j. 15.08.2013, rel. Min. Marco Buzzi, *DJ* 27.08.2013.

²¹² REsp 1.099.634, 3ª T., j. 08.05.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 15.10.2012.

²¹³ REsp 1.358.615, 4ª T., j. 02.05.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 01.07.2013.

clara²¹⁴, mas ainda assim continua incompleta. Conforme Bruno Miragem, os conceitos de consumidor e fornecedor dados pelo CDC são relacionais, isto é, não se sustentam isoladamente²¹⁵, pois para haver um consumidor deve haver um fornecedor, estando ambos ligados por um produto ou serviço, isto é, pelo elemento objetivo da relação de consumo. Ademais, o conceito de consumidor do art. 2º, do CDC, refere-se exclusivamente ao consumidor denominado de *standard* ou padrão²¹⁶, ou real²¹⁷, ou *stricto sensu*²¹⁸. Independente da denominação, o consumidor a que se refere o art. 2º, é aquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço, como destinatário final.

A relação jurídica mais comum que se estabelece é a de compra e venda realizada entre o consumidor que irá adquirir e utilizar o produto ou serviço e o respectivo fornecedor. Mas não é necessário que a relação jurídica ocorra nestes termos estritos e que o consumidor efetivamente desembolse qualquer quantia para que a relação de consumo fique caracterizada. Mesmo quando o produto ou serviço é fornecido mediante outras formas de remuneração ao fornecedor, como no caso de aquisição de passagens aéreas através de pontos do cartão de crédito, ou no caso de planos de saúde²¹⁹, continua presente a relação de consumo²²⁰. Mesmo quando o consumidor nada paga, nem utiliza mecanismos de troca ou pagamento coletivo, estará caracterizada a relação de consumo se o pagamento do fornecedor for realizado por terceiros²²¹.

²¹⁴ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 102. Da mesma opinião: RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 116.

²¹⁵ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 84.

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 85. No mesmo sentido: EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 103. BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 55.

²¹⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 116.

²¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 304.

²¹⁹ Conforme estabelece a súmula 469, do STJ: *Aplicado o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde*.

²²⁰ A 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná (Rec. 2011.0005710-4, 1ª T. Rec., j. 16.06.2011, Rel. Juíza Andrea Fabiane Groth Busato, *DJ* 28.06.2011), condenou o fornecedor a pagar danos morais, decorrentes dos seguintes fatos: o autor foi ao estabelecimento comercial da ré para trocar por mercadorias o título de capitalização do *Baú da Felicidade*, mas lhe foi vedada a aquisição em valor maior do que o montante representando pelos pontos do título de capitalização, mesmo com o consumidor dispondo-se a pagar a diferença. Ante a limitação, o consumidor adquiriu produto (garrafa térmica) diverso do pretendido, com sua escolha limitada àqueles que poderiam ser quitados com o título de capitalização. O consumidor presentearia a irmã com a garrafa térmica, mas o fornecedor demorou a realizar a entrega. Por estas razões, foi condenado, na forma do art. 14, do CDC, a pagar danos morais.

²²¹ É o caso de aplicar o CDC em favor de pacientes atendidos em hospitais e clínicas particulares, em convênio com o Sistema Único de Saúde. Ainda que o consumidor nada pague diretamente ao fornecedor, este recebe do estado, para realizar o atendimento à saúde. Assim já decidiu o TJMG (Ag. I. 1.0287.12.008539-7/001, 9ª Câm. Cív., j. 19.03.2013, rel. Des. Amorim Siqueira, *DJ* 25.03.2013).

O consumidor também não precisa, necessariamente, ter adquirido pessoalmente o produto ou serviço. Basta utilizá-lo. É o caso, p. ex., do donatário de algum produto defeituoso, que foi recebido como presente²²². Apesar de não ter feito a aquisição, lhe é assegurada toda forma de proteção do Capítulo IV (arts. 8º a 28) do CDC, dado que as garantias incidem sobre o produto e não sobre a pessoa do consumidor. Não por outro motivo, o art. 17, do CDC, que estabelece uma das modalidades de consumidor equiparado – a vítima de evento danoso provocado por fato do produto ou serviço –, encontra-se dentro do Capítulo IV. A conclusão decorre da superação da discussão sobre responsabilidade contratual e extracontratual pela teoria da qualidade, que incide sobre o produto ou serviço e que exige que os bens de consumo estejam cobertos por garantias de qualidade e de quantidade²²³.

De todo modo, independentemente da forma de remuneração do fornecedor, a caracterização do consumidor, na forma do art. 2º, do CDC, exige que seja destinatário final do produto ou do serviço, exigência que é bastante comum, também nas legislações estrangeiras.

Esta é a conceituação de consumidor na Europa, que começou a ser desenvolvida a partir da Resolução 543/1973 (Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor), da Assembleia Consultiva do Conselho Europeu, que estabeleceu em seu item I: *Um consumidor é uma pessoa física ou colectiva a quem são fornecidos bens e prestados serviços para uso privado*, conforme relata Luis González Vaqué²²⁴, muito embora o Autor ressalte que inexiste no direito europeu, um conceito geral e uniforme de consumidor, dado que as normativas comunitárias sobre as mais variadas relações de consumo apresentam diferentes definições. A Diretiva 87/102/CEE, de 22.12.1986, que versa sobre a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros relativa ao crédito ao consumo, define consumidor no art. 1º, 2.ª, como pessoa singular que, em transações de crédito abrangidas pela diretiva, atue com objetivos que possam ser considerados alheios à sua atividade comercial ou

²²² TJMG, 1.0145.11.024748-6/001, 16ª Câ. Civ., j. 19.09.2012, rel. Des. Otávio Portes, DJ 28.09.2012.

²²³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 142.

²²⁴ *Del examen de las definiciones enumeradas en la parte III se deduce que el concepto de consumidor al que se refieren tiene ciertas características comunes que podrían resumirse en el sentido de que comprende toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su uso o consumo final, con el objetivo de satisfacer necesidades personales o familiares. (La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo. Estudios sobre Consumo, Logroño: Uniorioja, nº 75, p. 25-42, 2005. p. 35).*

profissão. A Diretiva 93/13/CEE, de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas em contratos celebrados com consumidores, define consumidor no art. 2º, *b*, como qualquer pessoa singular que, nos contatos abrangidos pela diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional. A Diretiva 1999/44/CE, de 25.05.1999, relativa a aspectos da venda de bens de consumo e garantias relativas, estabelece no art. 1º, 2, *a*, que consumidor é toda pessoa física que, nos contratos a que se refere a diretiva, atua com fins que não entram no marco de sua atividade profissional. A diretiva 2002/65/CE, de 23.09.2002, relativa ao comércio a distância de serviços financeiros estabelece no art. 2º, *d*, que consumidor é qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não integrem no âmbito de sua atividade comercial ou profissional. E a Diretiva 2005/29/CE, de 11.05.2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas frente o consumidor, estabelece no art. 2º, *a*, que consumidor é qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito de sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

O traço comum a todas as diretivas, e que orienta a definição de consumidor no âmbito da UE, é o de que se trata de pessoa física, ou de pessoa jurídica que atua fora do âmbito de atividade empresarial ou profissional, ou seja, que intervém nas relações de consumo com finalidade privada, contratando como destinatário final, sem incorporar o objeto da contratação (produto ou serviço), nem direta, nem indiretamente, em processos de produção, comercialização ou prestação de serviços.

Em Portugal, a Lei 24, de 31.07.1996, em seu art. 2º, 1, define consumidor como todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional atividade econômica através da qual vise obter benefícios. O elemento teleológico, apesar da diferença de redação em relação às diretivas europeias, permaneceu o mesmo, ou seja, os bens, produtos e serviços adquiridos só podem ser empregados em finalidade não profissional.

Na Espanha, o Real Decreto Legislativo 1, de 16.11.2007, que aprovou a *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, em seu art. 3º, estabelece que são consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que atuam em um âmbito diferente de uma atividade

empresarial ou profissional.

Na França, o *Code de la Consommation*, que teve sua última alteração em 26.10.2004, não apresenta uma definição de consumidor. Entretanto, verifica-se a opção do legislador francês pelo conceito restritivo, dado a ausência de previsão de aplicação do *Code* para profissionais, sejam produtores, comerciantes ou prestadores de serviço. Assim, também em França, consumidores adquirem ou utilizam bens ou serviços com finalidade pessoal ou familiar²²⁵. A jurisprudência francesa, conforme aponta Claudia Lima Marques²²⁶, mitigou a rigidez legislativa, e tem aplicado regras de proteção ao consumidor também para pequenos empresários, quando adquirem produtos ou serviços, ou firmam contratos²²⁷ fora do âmbito de sua atuação natural. É o caso, exemplifica a Autora, do joalheiro que contrata com um banco, ou de uma imobiliária que contrata a instalação de um alarme para segurança, ou de um assalariado que loca um veículo para uso doméstico e, também, para utilizá-lo no trabalho (uso misto).

Na Alemanha, o § 13, do BGB, estabelece que consumidor é qualquer pessoa singular que realiza um negócio jurídico com propósito que não pode ser atribuído à atividade comercial ou profissional (do consumidor). Já o § 305, estabelece regras contratuais gerais, aplicáveis a não consumidores (profissionais liberais, fabricantes, comerciantes, etc.), em especial vedando qualquer cláusula abusiva, assim considerada aquela que viola a boa-fé. Na jurisprudência alemã, conforme relata Claudia Lima Marques²²⁸, houve tendência à expansão da noção de consumidor para abranger também aqueles adquirentes que agiam fora de sua especialidade, ou praticavam atos mistos. Aponta a Autora que a jurisprudência alemã tendia a, em casos onde havia uso de contratos de adesão ou quando eram fixadas algumas condições gerais dos contratos, dar ao aderente especial proteção, mormente quando em situação de vulnerabilidade. Com a reforma do BGB no ano de 2000, contratos que não são de consumo, passaram a ser regulados pelas regras gerais.

Na Itália, o *Codice del Consumo* (Decreto Legislativo 206, de 06.09.2005),

²²⁵ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 04.

²²⁶ *Op. cit.*, p. 309.

²²⁷ Jean-Louis Gallet (**A proteção do consumidor na jurisprudência da Corte de Cassação**. Trad. Clarissa Costa de Lima. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, nº 87, p. 13-30, mai.-jun. 2013. p. 16), Ministro da Corte de Cassação da França, aponta para a maior extensão ao conceito de consumidor que foi dado pela Corte, para proteger o profissional de cláusulas abusivas.

²²⁸ *Op. cit.*, p. 313.

estabelece no art. 3º, 1, *a*, que consumidor ou usuário é a pessoa singular que atue em fins alheios à atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Interessante notar que, diferentemente de Espanha, Portugal e Alemanha, o conceito de consumidor não faz referência ao elemento objetivo (produtos ou serviços) da relação de consumo. Limita-se a definir consumidor como a pessoa singular (física ou jurídica), que pratica atos jurídicos diversos da atividade empresarial. Como o elemento objetivo não está contido na definição de consumidor, seria possível estabelecer um maior âmbito de abrangência para o conceito, inclusive quanto a bens e serviços prestados fora das relações de mercado. Mas, o art. 3º, 1, determina que o conceito de consumidor (e os demais conceitos que apresenta) refere-se aos efeitos do *Codice*, servindo, pois, como limitador de uma possível ampliação conceitual. Entretanto, o *Codice*, em dois momentos, alarga o conceito de consumidor. O art. 5º, 1, inclui como consumidoras todas as pessoas físicas destinatárias de publicidade, e o art. 18, 2, inclui como consumidoras também as pessoas jurídicas destinatárias de publicidade, em especial realizada pela rede de computadores e televisão e, ainda, aqueles que sofrem as consequências da publicidade.

Na Argentina, o art. 1º da Ley 24.420, de 22.09.1993, além de apresentar conceitos de consumidor por equiparação, estabelece que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços, de forma gratuita ou onerosa, como destinatário final, em benefício próprio ou do grupo familiar ou social. Assim, conforme ressaltam Sara Lidia Feldstein de Cárdenas e Luciane Klein Vieira²²⁹, as pessoas jurídicas se encontram sob proteção legal quando atuam fora do âmbito de sua atividade profissional. Além disso, o art. 1º, da Ley 24.420/1993, admite o consumidor por equiparação, o que faz através da palavra *utiliza*, que indica que não é necessário que o consumidor tenha participado da relação negocial de consumo.

No Paraguai, a Lei 1.334, de 27.10.1998 (*Ley de Defensa del Consumidor y Usuario*) estabelece, no art. 4º, *a*, que consumidor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira que adquire, utiliza ou desfruta, como destinatário final, de bens ou serviços de qualquer natureza. E o art. 5º, fixa que relação de consumo é a relação jurídica que se estabelece entre quem, a título oneroso, fornece produto ou serviço a quem o adquire ou utiliza, como destinatário final. Significa dizer que a legislação

²²⁹ **La noción de consumidor em el mercosur.** Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, vol. 3, p. 71-84, out. 2011, p. 75.

paraguaiá exclui do conceito de consumidor aquele que recebe bem ou serviço graciosamente, quando entregue diretamente pelo fornecedor. Entretanto, o art. 4º também faz referência àqueles que utilizam ou desfrutam de um bem ou serviço, ou seja, também é consumidor aquele que, ainda que sem participar da relação de consumo, acaba por utilizar ou desfrutar do bem ou serviço adquirido por terceiro, ou seja, o consumidor nem sempre precisa ser parte direta da relação jurídica.

No Uruguai, a Lei 17.250, de 11.08.2000 (*Ley de Defensa del Consumidor*) fixa, no art. 2º, que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Estabelece, ainda, que não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação ou comercialização. O conceito dado pela lei uruguaiá é bastante restritivo, pois exige que, em uma relação de consumo, o produto ou serviço seja retirado do mercado, o que se verifica especificamente na parte final do art. 2º.

Na Venezuela, a Lei 37.930, de 04.05.2004, que trata da *Protección al Consumidor y Usuario*, estabelece, no art. 3º, que todos os atos jurídicos celebrados entre fornecedores de bens ou serviços e consumidores ou usuários, referentes à aquisição e/ou arrendamento de bens, à contratação de serviços públicos ou privados e à qualquer outro negócio jurídico de interesse econômico para as partes, serão regidos pelas disposições contidas no texto da própria Lei 37.930. Já o art. 4º, da mesma regra jurídica, estabelece que consumidor é toda pessoa natural que a adquira, utilize ou desfrute de bens de qualquer natureza como destinatário final, e que usuário é toda pessoa natural ou jurídica que utilize ou desfrute de serviços de qualquer natureza como destinatário final. Interessante notar que a noção *stricto sensu* de consumidor é reservada para pessoas físicas, cabendo às pessoas jurídicas tão somente a qualificação de usuárias²³⁰. Ademais, ao final do art. 2º, ficam excluídas do conceito de consumidor e usuário as pessoas físicas ou jurídicas que, sem ser destinatário final, adquire, armazena, use ou consuma bens e serviços com o fim de integrá-los nos processos de produção,

²³⁰ *La equivalencia (práctica) entre el consumidor y el usuario desaparece del ordenamiento venezolano con la LPCU del 2004 que niega el carácter de 'consumidor' a las personas jurídicas; mientras que, la noción de 'usuario' comprende tanto las personas naturales como las personas jurídicas.* (OLIVEROS, Sheraldine Pinto. **La protección del consumidor en el derecho venezolano.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 179-235, jan.-mar. 2012. p. 189).

transformação e comercialização.

Na Colômbia, a Lei 1.480, de 12.10.2011, no art. 5º, 3, define como consumidor (se entende incluído no conceito de consumidor o de usuário) toda pessoa natural ou jurídica que, como destinatário final, adquira, desfrute ou utilize um determinado produto de qualquer natureza, para satisfação de necessidades próprias, privadas, familiares ou domésticas e empresariais, quando não esteja ligada intrinsecamente à sua atividade econômica²³¹.

Nos EUA, o *Preservation of Consumers' Claims and Defenses Act*, no art. 433, 1, *b*, define consumidor como pessoa singular que busca ou adquire bens ou serviços para a família ou para o uso doméstico pessoal, o que exclui pessoas jurídicas e, mais ainda, define o consumidor em termos restritivos, ao exigir, como elemento teleológico, a aplicação do produto ou serviço adquirido em usos domésticos, da própria pessoa, ou família. Na mesma linha, o *Fair Debt Collection Practice Act* estabelece, no § 803, 3, que consumidor significa qualquer pessoa singular obrigada, ou supostamente obrigada a pagar qualquer débito. A regra limita o conceito de débito, como qualquer obrigação, ou alegada obrigação do consumidor, em pagar dinheiro resultante de uma transação cujo objeto seja dinheiro, propriedade, seguros ou serviços destinados principalmente ao uso pessoal ou familiar, ou a fins domésticos, ainda que a obrigação esteja sob julgamento (§ 803, 5). A normativa trata de obrigações de pagar onde o dinheiro obtido com a transação econômica tenha sido aplicado em finalidade doméstica, ficando excluída a aplicação em atividade profissional. Na mesma linha restritiva, o *Truth-in Lending Act* apresenta duas definições de consumidor. Na Seção 103, *h*, atesta que o adjetivo consumidor é usado em referência a uma transação de crédito caracterizada como aquela onde o crédito é oferecido ou estendido a uma pessoa singular e o valor utilizado pelo consumidor no uso pessoal, familiar ou doméstico. A Seção 104 (1 até 5), fixa que a regra não se aplica para operações que envolvem concessão de crédito para negócios, uso comercial ou agrícola, ao governo ou organizações governamentais, operações relativas a títulos ou mercadorias sob responsabilidade de corretoras de valores mobiliários, operações de crédito em geral

²³¹ *La definición se refiere al adquirente de productos, noción en la que queda incluida la de servicios según la definición de producto (todo bien o servicio).* (CUELLAR, Juan Carlos Villalba. **Reforma al estatuto de protección al consumidor en Colombia.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 147-177, jan.-mar. 2012. p. 153).

com valor superior a U\$ 25.000,00, a não ser para aquisição de propriedade utilizada como residência ou para ser aplicado em ensino privado, transações de tarifas públicas, e operações a descoberto, definidas pelo Conselho de Administração. As mesmas definições são dadas pelo Regulamento Z (Seção 226), do *Truth-in Lending Act*. No *Magnuson-Moss Warranty Act*, o § 101, 3, em uma definição aproximada ao conceito de consumidor da teoria finalista, estabelece que o termo consumidor significa comprador (que não seja para fins de revenda) de qualquer produto de consumo ou, ainda, qualquer pessoa a quem o produto seja transferido durante o período de duração de garantia do produto ou serviço. Seja (a garantia) implícita ou constante em instrumento escrito, ou em contrato de prestação de serviços, ou decorrente de lei estadual. O *Fair Credit Reporting Act*, em seu § 603, *c*, estabelece que consumidor significa indivíduo. No § 603, *d*, ao tratar do relatório do consumidor, estabelece que pode apresentar-se por escrito, oralmente, ou através de outra forma de comunicação, por agências de informações de consumidores de crédito, sobre posições e capacidades de crédito, reputação, características pessoais e modo de vida, para estabelecer o perfil do consumidor tomador de crédito. O *Fair Credit Reporting Act* não faz referência à aplicação do valor obtido pelo consumidor em contrato de crédito. Significa dizer, já não há, nesta conceituação, exigência de que o consumidor aplique o produto ou serviço consumido na esfera doméstica. O § 604 autoriza uma série de aplicações não domésticas do crédito, inclusive para fins de emprego ou insumos para atividade profissional. O *Electronic Fund Transfer Act*, em seu § 903, 6, define consumidor como pessoa natural, e as definições que utiliza se prestam àquela normativa (*as used in this title*). Já o *Consumer Product Safety Act* se trata (Seção 2), de uma regra que protege a população contra riscos excessivos de lesão associada a produtos de consumo, e ajuda consumidores a avaliar a segurança dos produtos de consumo. Ao buscar a segurança de produtos postos no mercado, o *Consumer Product Safety Act* não protege apenas consumidores, pois um sem número de produtos postos no mercado de consumo não são adquiridos somente por consumidores, como p. ex., celulares, computadores, etc. Assim, a regra não apresenta uma definição para consumidor, mas sim para produto de consumo (Seção 3, *a*, 1), que seria qualquer artigo, ou parte componente, produzido ou distribuído para venda ao consumidor ou família, para uso permanente ou temporário, na residência, escola, recreação ou outra forma de uso pessoal. Já o *Equal Credit*

Opportunity Act proíbe a discriminação contra requerentes de crédito por motivo de idade, sexo, estado civil, religião, raça, cor, nacionalidade ou recebimento de assistência pública, o que significa exercício de boa-fé quanto ao direito de crédito. Mais interessante, exige que a negativa de crédito ocorra por escrito e seja justificada, que se não for apresentada pelo fornecedor, pode ser solicitada pelo consumidor dentro do prazo de sessenta dias. Trata-se de reconhecer o direito ao crédito como um direito objetivo, que pode ser exercido (exigido o cumprimento). No § 1.002.2, o *Equal Credit Opportunity Act* define crédito ao consumidor como aquele concedido a uma pessoa singular, principalmente para fins pessoais, familiares ou domésticos. Ou seja, se trata de regra que também não abrange pessoas jurídicas.

Na UE as diretivas apontam para o consumo fora do âmbito profissional, o que é acompanhado pelos países que integram a UE, quanto ao conceito de consumidor analisado (Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal). Na Argentina, EUA, Uruguai e Venezuela, a legislação indica que consumidor é aquele que consome para uso próprio ou familiar (doméstico). No Paraguai e Brasil, optou-se por conceito menos restritivo, o que é salutar, principalmente em virtude dos desequilíbrios de mercado, que acabam apenando pequenos empresários e prestadores de serviços.

No Brasil o conceito de destinatário final não é definido pela legislação, o que originou três correntes de conceituação.

A primeira corrente, denominada finalista, formou-se pela tentativa de conceituação do consumidor elaborada pelos Autores do anteprojeto. Conforme José Geraldo Brito Filomeno²³², a intenção era retirar da conceituação os componentes de natureza sociológica, psicológica, literária e filosófica. O destinatário final é fático e econômico²³³, ou seja, o consumidor retira o produto ou serviço do mercado, exaurindo, no ato de consumir, a função econômica do bem. Não se pode utilizá-lo para obter lucro, nem aplicá-lo em atividade profissional onde seja visado lucro²³⁴. A finalidade do ato de consumir é atender uma necessidade de caráter não profissional. O produto ou

²³² **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, v. I. 10. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 23.

²³³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 91.

²³⁴ STJ, REsp 1.014.960, 4ª T., j. 02.09.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 29.09.2008. No mesmo sentido: STJ, REsp 541.867, 2ª S., j. 10.11.2004, rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 26.05.2005.

serviço, desta forma, não pode ser reintroduzido na cadeia produtiva²³⁵.

O problema da teoria finalista é que exclui pessoas físicas ou jurídicas que, ainda que atuem como intermediários, isto é, não sejam destinatários finais, em um sem número de hipóteses se encontram em situação flagrante de vulnerabilidade, o que se deve à exigência de que o destinatário final do produto ou serviço seja destinatário fático e econômico. Aí uma questão importante, na UE e nos EUA, apesar de o conceito de consumidor ser restritivo, há legislação versando sobre a qualidade de produtos e serviços postos no mercado. E o destinatário final de produtos e serviços postos no mercado não é só o consumidor. Da mesma forma, há legislação de proteção do tomador de crédito, protegendo o investidor e o tomador de crédito contra os abusos dos agentes financeiros. Assim, também não consumidores estão protegidos por legislação específica. No Brasil, por outro lado, a lei que exige qualidade de produtos e serviços, e que regulamenta os contratos ao consumo, inclusive os de crédito, é o próprio CDC. Ou seja, se adotada a teoria finalista, somente o consumidor teria especial proteção, podendo-se levar à equivocada interpretação de que, para não consumidores, estaria autorizada a comercialização de produtos sem os mínimos padrões de qualidade, ou ainda a prática de abusos em contratos de crédito. É bastante claro que o legislador, em nenhum momento criou esta dicotomia de tratamento.

Uma das justificativas para a adoção da teoria finalista é a de que ofereceria a um especial grupo social, consumidor, um nível mais alto de proteção²³⁶, muito embora, em termos comparativos, peque a legislação pátria em oferecer proteção aos demais atores do mercado de consumo, para além do CC. Significa dizer, o nível mais alto de proteção só existe em comparação a uma regra geral (o CC), que não foi pensada para o mercado de consumo. Em termos de mercado de consumo, o CDC se tornou a única regra de proteção, pois as regras sobre concorrência desleal não dizem respeito às relações comerciais e/ou empresariais, mas a práticas comerciais. Ou seja, a proteção a quem atua no mercado, neste caso, é somente indireta.

Por este motivo, nasceu uma segunda teoria, denominada maximalista, para a qual a locução destinatário final refere-se à destinação fática dada ao produto ou serviço. Esta teoria dá ao CDC a função de um código das relações de consumo, como um todo, ou seja, um regulamento do mercado de consumo brasileiro e não apenas

²³⁵ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 106.

²³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 305.

como uma lei de proteção do consumidor²³⁷. Ao estabelecer princípios e regras aplicáveis a consumidores e fornecedores, desde a fabricação do produto, passando por oferta, informação, comercialização, garantia e responsabilização, o CDC não é uma lei que se limita a proteger o consumidor, mas impõe condutas específicas de produção e comercialização aos fornecedores, que não se destinam exclusivamente aos consumidores, mas sim a todos os que pretendem adquirir produtos e serviços no mercado.

Bruno Miragem²³⁸ aponta que uma das razões do surgimento da corrente maximalista é a ausência de normas de proteção do contratante mais fraco fora do regime do CDC, lacuna que, anote-se, não foi suprida pelo CC. E, de fato, inexistente normativa protetiva de contratantes vulneráveis que não se encaixam em um conceito restritivo de consumidor. Especificamente em relação às instituições financeiras, a regulamentação limita-se à Lei 4.595/1964, a algumas outras leis esparsas, em regra de caráter permissivo às instituições financeiras e, por consequência, de efeitos deletérios aos consumidores, como a MP 2.170-36/2001 e pela regulamentação dada pelo BCB e pelo SFN. A ausência de regulamentação destinada a instituições financeiras não é, aponte-se, uma particularidade brasileira. Conforme aponta Paul Krugman²³⁹, da década de 1980 para cá, nos EUA, diversas normas e regulamentos promulgados na década de 1930 foram paulatinamente revogados, e não houve substituição, nem adaptação da legislação ao sistema financeiro, que havia se transformado substancialmente. O resultado foi a crise de 2008, que levou o sistema financeiro à beira do colapso.

Ao optar por inserir no CDC temas ligados a qualidade de produtos, bem como temas à proteção contratual, ainda que fosse pretensão do legislador, a princípio, proteger tão somente o consumidor, em verdade o que ocorreu foi o estabelecimento de normas gerais de qualidade de produtos, de publicidade, de práticas comerciais, de contratação, etc., destinadas a regular todas as relações jurídicas que envolvem produtos e serviços, quando utilizadas no mercado de consumo.

A destinação final fática, conforme Antônio Carlos Efig²⁴⁰, comporta retirar o produto ou serviço do mercado de consumo, seja para atender uma necessidade

²³⁷ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 106.

²³⁸ *Op. cit.*, p. 93.

²³⁹ **Um basta à depressão econômica!**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 51.

²⁴⁰ *Op.cit.*, p. 107.

doméstica, seja para utilizá-lo como insumo em nova atividade. A exclusão admitida pela corrente maximalista, no que toca ao conceito de consumidor, seria a aquisição do produto para revenda direta, como aquisição no atacado para revenda no varejo.

Considerando a abrangência dada ao CDC, e a ausência de normas que tratem sobre qualidade de produtos e serviços postos no mercado e sobre formas de proteger o contratante vulnerável, conclui-se que a teoria maximalista melhor se adapta à estrutura do CDC, e melhor se presta à proteção do consumidor, pois exige uma conduta ética dos fornecedores nas relações com os parceiros comerciais e empresariais, e com os consumidores que utilizam os produtos e serviços para fins domésticos.

Recentemente²⁴¹, nasceu uma terceira teoria, denominada finalista aprofundada, surgida a partir da jurisprudência, principalmente do STJ²⁴², que mitigou a rigidez da teoria finalista. O fundamento da teoria do finalismo aprofundado é o de que não se pode ignorar a razão do CDC, que seria a proteção do consumidor vulnerável no mercado. A inclusão de profissionais sob a tutela do CDC seria, pois, exceção, a depender da existência, em concreto, da vulnerabilidade, o que depende, conforme Bruno Miragem²⁴³, do desenvolvimento de critérios mais exatos para a extensão do conceito de consumidor por equiparação, fundados em dois pressupostos básicos: a) a extensão do conceito de consumidor é medida excepcional; e b) a extensão do conceito depende do reconhecimento da vulnerabilidade da parte a quem se pretende aplicar o CDC. Ou seja, conforme Antônio Carlos Efig²⁴⁴, a teoria do finalismo aprofundado conjuga a teoria finalista com o princípio da vulnerabilidade, abrandando a rigidez da teoria finalista, que impediria a aplicação do CDC a situações onde o consumidor, apesar de não preencher o requisito de destinatário final fático e econômico, se encontra em situação de desequilíbrio (e vulnerabilidade) frente o fornecedor. Em outras palavras, no caso do consumidor não profissional, a vulnerabilidade é presumida. Já para o consumidor profissional, a vulnerabilidade deve ser demonstrada. O critério do finalismo aprofundado não é de todo equivocado, a considerar que a razão do CDC é a proteção do consumidor pessoa física não profissional, e as demais modalidades de consumidor (por equiparação), seriam para casos muito pontuais.

²⁴¹ Por força da celeuma estabelecida entre as teorias finalista, criticada por ser muito restritiva, e maximalista, criticada pela amplitude.

²⁴² AgRg no AREsp 328.043, 3ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 05.09.2013.

²⁴³ *Op. cit.*, p. 94.

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 108.

a) Superar o finalismo aprofundado

A adoção da teoria do finalismo aprofundado pode ter sido, intencionalmente ou não, uma tentativa de superar a teoria finalista, com sua adaptação às peculiaridades brasileiras. Não é, entretanto, o que se observa. Mais parece, pela forma pela qual o STJ lida com a teoria, que tratou-se de superar a teoria maximalista, excluindo das relações de consumo boa gama de situações que, tomadas em conta as peculiaridades brasileiras, carecem de proteção especial.

A primeira falha que se verifica na teoria do finalismo aprofundado é a de considerar que o CDC possui como razão de ser, tão somente a proteção do consumidor destinatário final, econômico e fático, do produto ou serviço. O CDC se trata de regra mais abrangente, se tomada em relação à UE e aos EUA, onde existem regras variadas de proteção do consumidor, mas que também protegem, ainda que indiretamente, o profissional quando da aquisição de produtos ou serviços, seja no que toca à qualidade, à publicidade, aos contratos e/ou ao crédito. Assim, justifica-se uma especial proteção ao consumidor, pois já existe uma proteção geral aos participantes não consumidores do mercado de consumo. A razão do CDC é a de estabelecer regras para o mercado de consumo, indo a minúcia, inclusive, de dispor, no art. 39, VIII, sobre a colocação no mercado de consumo (note-se que o texto legal poderia anotar *colocar à venda para o consumidor*, p. ex.), de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou pela ABNT ou outra entidade credenciada pelo CONMETRO. Ou seja, quando um produto é colocado no mercado de consumo, pouco importa quem será o comprador. Sendo um consumidor pessoa física que utilizará o produto em casa, ou um consumidor pessoa jurídica que o utilizará em sua atividade, o produto deverá ter a mesma qualidade, que é, em termos gerais, definida pelo CDC.

A segunda falha da teoria do finalismo aprofundado, é que não apresenta critérios que autorizem dizer, com exatidão, quando o consumidor profissional está em situação de vulnerabilidade, e quando não está, o que pode gerar distorções significativas, em prejuízo a consumidores profissionais que deveriam ter o CDC aplicado a seus casos, mas não o tem. Estas distorções podem ser notadas na

jurisprudência do STJ. No AgRg no AREsp 328.043²⁴⁵, o STJ não aplicou o CDC em caso que envolvia uma operadora de cartão de crédito (Cielo S.A.) e uma pequena empresa de revenda de equipamentos de informática de Goiânia. A empresa reclamava indenização em virtude de ter sido vítima de compra com cartão de crédito clonado, realizado através de sítio da internet onde realiza venda de produtos. A compra foi autorizada pela operadora de cartão de crédito. O STJ considerou que a atividade principal da empresa é a venda de produtos, razão pela qual não é destinatária final dos serviços prestados pela operadora. Ou seja, ainda, que exista absoluta dependência técnica da empresa em relação à operadora, para viabilizar compras através de cartão de crédito, bem como seja competência exclusiva da operadora autorizar ou não, as compras, ainda que realizadas no sítio eletrônico da empresa, para o STJ inexistiu, no caso, vulnerabilidade. No julgamento do REsp 509.304²⁴⁶, o STJ aplicou o CDC em uma relação estabelecida entre uma imobiliária de Curitiba, que realiza a administração de imóveis locados, e o proprietário dos imóveis locados, ou seja, pessoa física que visava obter renda através da locação dos imóveis. No AgRg nos EDcl no AREsp 245.697²⁴⁷, o STJ aplicou CDC a uma relação contratual firmado por uma empresa de pequeno porte e uma prestadora de serviços, onde a pequena empresa contratou o uso de software de venda pela rede de computadores, pois o uso do programa teve o propósito de fomentar a atividade empresarial. Mais uma vez o STJ ignorou a desigualdade técnica entre os contraentes, bem como a completa dependência da pequena empresa, em relação à co-contratante. No julgamento do AgRg no AREsp 211.797²⁴⁸, o STJ considerou inaplicável o CDC em um caso de uma microempresa individual que tomou crédito junto ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A., pois os valores do empréstimo teriam sido aplicados na atividade empresarial. Desta feita, ignorou as vulnerabilidades jurídica e fática (socioeconômica) da consumidora, que autorizariam a aplicação do CDC. E, no REsp 1.195.642²⁴⁹, o STJ não aplicou o CDC a um caso onde uma pequena revenda de automóveis reclamava indenização por defeito nas linhas telefônicas, que causou perda de clientela, bem como impediu-a de cumprir um anúncio publicitário, que tornou-se inócuo dada a impossibilidade de atender aos telefonemas de

²⁴⁵ AgRg no AREsp 328.043, 3ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 05.09.2013.

²⁴⁶ REsp 509.304, 3ª T., j. 16.05.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJ* 23.05.2013.

²⁴⁷ AgRg nos EDcl no AREsp 245.697, 3ª T., j. 14.05.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 07.06.2013.

²⁴⁸ AgRg no AREsp 211.797, 3ª T., j. 26.02.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 20.03.2013.

²⁴⁹ REsp 1.195.642, 3ª T., j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 21.11.2012.

clientes. O STJ considerou que a contratação de serviços de telefonia não caracteriza relação de consumo, pois o serviço compõe a cadeia produtiva da empresa. Olvidou-se que a empresa possui absoluta vulnerabilidade técnica em relação à empresa de telefonia que, aliás, exerce monopólio parcial do serviço que presta – dadas as limitadas autorizações de operação –, e possui regramentos próprios editados pela ANATEL, impondo-os ao consumidor. Olvidou-se, ainda, a disparidade de forças, ou seja, a vulnerabilidade socioeconômica.

Quando o preenchimento do conteúdo normativo de um conceito jurídico estabelecido em lei é deixado exclusivamente a cargo da jurisprudência, em um país de tamanho continental como o Brasil e, ainda, considerando os fortes lobbies existentes junto aos Tribunais Superiores, é certo que haverá distorções que, fatidicamente acabarão por trazer prejuízos para a parte mais fraca. É o caso da teoria do finalismo aprofundado, que exige prova da vulnerabilidade, bem como o preenchimento, caso a caso, do conceito de vulnerabilidade, sem que existam, ainda, critérios seguros para que o conceito seja adequadamente preenchido.

A terceira falha da teoria do finalismo aprofundado é ignorar que, da mesma forma que o cidadão brasileiro, em regra, possui uma péssima formação, também o empresário brasileiro (especialmente micro e pequeno), não está mais bem formado. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE em 2010 e divulgada em 2012, 48% das empresas fecham as portas em até três anos de atividade²⁵⁰. A pesquisa aponta, ainda, que 89,1% das empresas que fecham as portas em três anos, são micro e pequenas empresas. Por fim, a pesquisa indica seis principais causas de mortalidade empresarial: a) falta de planejamento; b) cópia de modelos existentes; c) não acompanhamento da rotina empresarial; d) descontrole de fluxo de caixa; e) falta de divulgação da marca; e f) não adaptação às necessidades de mercado. Das seis causas apresentadas, ao menos três decorrem diretamente da formação educacional, a falta de planejamento, o descontrole de fluxo de caixa e a falta de adaptação ao mercado. Para poder realizar um planejamento empresarial correto e para poder adaptar a atividade às necessidades do mercado, é preciso ter um mínimo de capacidade de analisar e compreender quais são as necessidades de mercado, e como a empresa deve organizar-se para atendê-las. Já para

²⁵⁰ Resultados da pesquisa acessados em 03.02.2014, às 09:40 horas, disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2012/08/27/no-brasil-quase-metade-das-empresas-fecha-em-3-anos-diz-ibge.jhtm>

um correto fluxo de caixa, exige-se que o empresário tenha noções um pouco superiores às mínimas de matemática e economia.

Segundo pesquisa realizada pelo SEBRAE e divulgada em setembro de 2013, o Brasil possui seis milhões e trezentas mil empresas. Deste total, 99% são micros e pequenas empresas, que são responsáveis por 52% dos empregos formais, e por mais de dois terços das ocupações, no setor privado²⁵¹. São estes os empresários que contratarão com prestadoras de serviços de telefonia e com fornecedores de luz e água, também que tomarão crédito junto às instituições financeiras. Tanto quanto pessoas físicas, se encontram em situação de vulnerabilidade, pois não estão, em regra, totalmente preparados para a gestão empresarial e para a concorrência de mercado.

Na Alemanha, até a reforma do BGB em 2000, as regras de proteção ao consumidor também eram aplicadas aos profissionais vulneráveis. Com a reforma, o legislador compreendeu a desnecessidade de continuar a proteger os profissionais com regra de caráter especial, reservando a defesa do consumidor às pessoas físicas e jurídicas, quando atuam fora do âmbito da profissão ou atividade. Entretanto, na Alemanha, o consumidor é normalmente informado, relativamente atento e perspicaz, de modo que tais qualidades também refletem-se no empresário (ainda que micro ou pequeno). No Brasil, ao contrário, o consumidor, de regra, não é informado, nem atento e nem perspicaz. É preciso considerar para as características do micro e pequeno empresário brasileiro, antes de concluir que não carece de proteção especial do CDC.

O empresário brasileiro, sendo tão vulnerável quanto o cidadão, ainda precisa da proteção especial contra as grandes empresas altamente especializadas, razão pela qual a teoria do finalismo aprofundado é (ainda) incapaz de responder às necessidades que são impostas pela realidade pátria. Desta forma, considerando as distorções do mercado brasileiro e a disparidade de forças, principalmente quando se trata de serviços prestados sob o regime de monopólio ou de quase monopólio e, ainda, produtos e serviços fornecidos por instituições financeiras, preferível adotar a teoria maximalista e proteger a todos os atores do mercado de consumo, indistintamente, do que correr o risco de excluir equivocadamente algum consumidor da proteção do CDC.

Fixada a opção pelo conceito de consumidor dado pela teoria maximalista e,

²⁵¹ Resultados da pesquisa acessados em 03.02.2014, às 09:52 hors, disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros>

mais ainda, considerando que a razão do CDC é a de estabelecer regras de conduta éticas no mercado de consumo, pode-se concluir pela possibilidade de exigir dos contratantes o dever de seguir a regra do solidarismo.

Principalmente porque o solidarismo é imposto pelo art. 4º, *caput*, que exige transparência e harmonia das relações de consumo; pelo art. 4º, III, do CDC, que impõe a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, bem como a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar (e equilibrar a aplicação) os princípios nos quais se funda a ordem econômica (dentre eles a proteção do consumidor, art. 170, V, da CF) com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; pelo art. 4º, IV, do CDC, que exige educação e informação de fornecedores e consumidores para a melhoria do mercado de consumo; pelo art. 6º, III, que estabelece direito básico do consumidor em receber informação adequada e clara sobre produtos e serviços, em todos os aspectos de cada um; pelo art. 6º, IV, que estabelece o direito básico do consumidor em ser protegido contra publicidade ilícita, contra métodos comerciais abusivos ou desleais, contra práticas e cláusulas contratuais abusivas; e pelo art. 6º, V, do CDC, que estabelece o direito básico do consumidor em modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou em rever cláusulas contratuais, quando ocorrer fato superveniente, que torne o cumprimento do contrato excessivamente oneroso ao consumidor.

A interpretação conjunta da cláusula geral da boa-fé e destas normativas de caráter também geral, que posteriormente o próprio CDC esmiúça, estabelecendo formas mais particularizadas de proteção para cada caso, leva à conclusão de que, uma vez inobservado o dever de cooperação ou de solidarismo por parte do fornecedor, este pode ser buscado pelo consumidor frente o Poder Judiciário.

Não se pode admitir tratamento ao consumidor equivalente ao do homem em estado natural (consumidor em estado natural), obrigado a adquirir produtos defeituosos e serviços mal prestados, ser enganado em contratos que firma e acabar precisando recorrer ao Poder Judiciário na busca de direitos cujo respeito deveria ser a regra, e, mais grave, correr o risco de não obter socorro no Poder Judiciário, em virtude de interpretações restritivas e exceções que salvaguardam interesses e atos abusivos de fornecedores. A primeira forma de impor o respeito ao solidarismo é a informação.

b. Consumidor equiparado

O CDC estabelece três modalidades de consumidor por equiparação: a) a vítima de acidente de consumo, ou consumidor *bystander*, previsto no art. 17, do CDC; b) consumidor exposto às práticas comerciais abusivas, previsto no art. 29, do CDC; e c) a coletividade consumidora, previsto no art. 2º, do CDC.

Para o presente estudo, importa voltar os olhos ao consumidor vítima de práticas comerciais abusivas, categoria que também abrange o consumidor exposto a práticas contratuais e que firma contratos de adesão. A técnica de equiparação de outras categorias de pessoas ao conceito de consumidor existe para reprimir os abusos do poder econômico, proteger os interesses dos consumidores finais e impor uma conduta ética e responsabilidade social no mercado²⁵².

Por força do art. 29, do CDC, são considerados consumidores as pessoas físicas ou jurídicas que forem expostas a publicidade ilícita, que forem expostos ou forem vítimas de práticas comerciais abusivas, que forem vítimas de cobrança fora dos padrões estabelecidos pelo CDC, que forem inscritos indevidamente em bancos de dados de consumidores ou que forem expostos ou vítimas de práticas contratuais abusivas.

Trata-se, o art. 29, do CDC, de regra que vai muito além dos contratos, pois as relações de consumo são muito mais complexas e multifacetadas do que a simples contratação²⁵³. Especificamente no que toca aos contratos de crédito, não há dúvida que são regulados pelo CDC, sendo que o STF, no julgamento da ADI 2.591, pacificou a celeuma, decidindo que as instituições financeiras estão (todas elas) alcançadas pela incidência do CDC. Na mesma ADI 2.591, o STF também anotou que consumidor, para os efeitos do CDC, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira ou de crédito. Note-se que o STF, na ementa, não aponta, ao tratar da locução destinatário final, se este é fático e econômico, ou tão somente fático. Quer parecer, todavia, que não se pode exigir que o destinatário final de produtos e serviços financeiros seja considerado em sentido estrito, pena de inviabilizar a aplicação do art. 29, do CDC. Afinal, o art. 29 dispõe que se equiparam a consumidores

²⁵² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 635.

²⁵³ EFING, Antônio Carlos. *Op.cit.*, p. 113.

todas as pessoas, determináveis ou não, de modo que não pode estar a referir-se somente ao consumidor padrão, dado que este não precisaria ser equiparado, para ter a garantia de proteção contra práticas comerciais e contratuais abusivas²⁵⁴.

Desta forma, pode-se concluir, à luz da teoria maximalista, que o art. 29, do CDC, é aplicável a todos os agentes do mercado de consumo que estão ou podem estar expostos a práticas comerciais e/ou contratuais abusivas ou que são, ou podem ser, vítimas destas mesmas práticas.

Em contratos de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, a vulnerabilidade do consumidor – não só o consumidor padrão – é autoevidente²⁵⁵, sendo, portanto, não um critério inclusivo, vale dizer, de autorização de aplicação do CDC, mas de exclusão. Só não se aplicará o CDC caso fique demonstrado que o consumidor não é vulnerável. Na dúvida, aplica-se o CDC em favor do consumidor, pois a complexa linguagem jurídica, econômica e contábil empregada em contratos financeiros em geral, as técnicas de venda de produtos e serviços utilizadas pelos funcionários, empregados e representantes de instituições financeiras e securitárias, a necessidade do consumidor em obter o crédito e a bancarização²⁵⁶ que se impõe, justificam presumir a vulnerabilidade do consumidor, ainda que profissional.

3.3.1.4. Fornecedor de produtos e serviços de crédito

O art. 3º, do CDC, estabelece que fornecedor é a pessoa física ou jurídica, de qualquer natureza, que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, comercialização de produtos ou prestação de serviços, estabelecendo no § 2º que estão incluídos na natureza de serviços aqueles de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Portanto, à luz do CDC, os serviços de crédito estão abrangidos como aqueles que podem ser prestados ao consumidor, padrão (art. 2º, do CDC), ou por equiparação (art. 29, do CDC). Outra conclusão, que já inarredável à luz do CDC²⁵⁷,

²⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 71.

²⁵⁵ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 131.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 132.

²⁵⁷ Antes mesmo de ser ajuizada a ADI 2.591 (aforada em 26.12.2001), Claudia Lima Marques já se posicionava pela aplicação do CDC aos contratos com instituições financeiras (*Op. cit.*, p. 197). Também Antônio Carlos Efig, antes do aforamento da ADI 2.591, já se manifestava pela aplicação do CDC a

tornou-se inquestionável depois do julgamento da ADI 2.591.

Independentemente do ramo empresarial em que atue, o que caracteriza o fornecedor é o exercício de qualquer atividade dentre as descritas no art. 3º, do CDC, como fim, ou seja, em caráter habitual e/ou profissional, mediante remuneração²⁵⁸.

Bruno Miragem²⁵⁹ anota que a atividade fim do fornecedor deve ser colocada no mercado. O Autor entende que o mercado de consumo é o espaço não institucional onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e prestação de serviços, avaliáveis economicamente, mediante oferta aos interessados, de modo a que o fornecedor possa obter vantagem econômica (lucro) e o consumidor satisfazer uma necessidade ou um desejo. O Autor afirma que o mercado é um espaço não institucional porque é informal e independente de uma estrutura pré-determinada. Assim, o papel do direito é o de ordenar e regular o mercado, fixando objetivos, limites e proibições, pois não pode ser suprimido²⁶⁰. A partir deste raciocínio, afirma²⁶¹ que a oferta e a venda de produtos e/ou serviços fora do mercado barraria a aplicação do CDC, desde que, anota o Autor, estas atividades ocorram, efetivamente, fora do mercado, ou seja, sem a necessidade de intermediação de agentes que atuam nesta arena. Necessário enfrentar a questão de saber se o uso de mecanismos e agentes do mercado para a realização de políticas públicas autoriza a aplicação do CDC.

a. Políticas públicas de concessão de crédito e auxílio financeiro

A bancarização e o crédito são uma forma ágil de atender aos beneficiários de políticas públicas. Através da bancarização da população, foi possível ao estado conceder crédito e auxílio financeiro, meios de combater a pobreza, e também de incentivo ao desenvolvimento econômico em praticamente todos os setores da economia, vale dizer, agricultura, indústria, comércio e prestação de serviços.

contratos firmados com instituições financeiras (*Op. cit.*, p. 61). E STJ, anos antes do pronunciamento do STF, já determinava a aplicação do CDC aos contratos bancários: REsp 57.974, 4ª T., j. 25.04.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.05.1995.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 134. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor* (cit., p. 98). RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor* (cit., p. 131).

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 100.

²⁶⁰ Mesmo em um país comunista, como Cuba, a figura do contrato é regulamentada, dada a completa impossibilidade de ser suprimida. Muito embora, de se lembrar, nem sempre o mercado foi, como hoje, voltado à finalidade de obter lucro.

²⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*, p. 101.

Como exemplo, é possível citar políticas públicas (esfera da União) que usam o crédito ao desenvolvimento socioeconômico, como o Programa Especial de Crédito para a Reforma Agrária (PROCERA), o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), a Política de Desenvolvimento Produtivo, o Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER) e o Programa Nacional do Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO). Existem políticas públicas que tem o crédito destinado à melhoria da qualidade de vida, como o Programa Minha Casa Minha Vida. E há o Programa Bolsa Família, que não concede crédito, mas exige a bancarização para prestar auxílio à população.

As políticas públicas que se utilizam do setor bancário, em grande parte acabam por apresentar alguns problemas, especialmente no que toca à intermediação entre o estado e o particular, que em regra é realizada por empregados dos agentes financeiros²⁶². O primeiro é a falta de informações no momento de acesso ao crédito, já que este se dá nas agências bancárias e não nos departamentos estatais. O segundo é a prática dos agentes financiadores em exigir encargos, tornando custosa a transação para os particulares²⁶³. O terceiro problema é o desvirtuamento da finalidade do crédito concedido através de políticas públicas, que acaba não aplicado corretamente, mas muitas vezes utilizado para pagamento de débitos pré-existentes junto aos agentes financeiros²⁶⁴. E o quarto é a realização de venda casada²⁶⁵ de produtos e serviços para os beneficiários das políticas públicas, que são obrigados a se bancarizar (implica em apresentação de documentos, abertura de conta, recebimento de cartões de débito para saque, cadastro de senhas, etc.) para participar da própria política pública²⁶⁶.

Estes problemas se originam da opção de realizar políticas públicas através da bancarização e do crédito. Portanto, não devem escapar à tutela cuidadosa do CDC, que mais que uma lei de proteção ao consumidor deve, neste caso, ser tomada como

²⁶² É o caso do FIES, intermediado por instituições financeiras. O STJ mantém posição firme de que, ao caso, não se aplica o CDC: REsp 1.155.684, 1ª S., j. 12.05.2010, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 18.05.2010.

²⁶³ AgRg no REsp 1.365.746, 4ª T., j. 12.11.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJ 11.12.2013.

²⁶⁴ AgRg no REsp 976.253, 4ª T., j. 03.12.20207, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 04.10.2007.

²⁶⁵ Em virtude da prática de venda casada, o MP do RS aforou ação cautelar em face do Banco Santander Meridional S.A. para obter cópias dos contratos firmados entre a instituição e os correntistas (Resp 986.272, 4ª T., j. 20.09.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 01.02.2012).

²⁶⁶ O que originou, p. ex., a súmula 473, do STJ, que dispõe: *O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.*

uma lei de proteção ao cidadão²⁶⁷. A partir do momento em que o beneficiário da política pública precisa adentrar um estabelecimento bancário para ter acesso ao crédito ou benefício financeiro, automaticamente está exposto à publicidade e a práticas comerciais. Corre o risco de ser convencido a adquirir um produto ou serviço que, a princípio, não era desejado. Em caso de instituições financeiras, a oferta e a indução ao consumo ocorrem mesmo em terminais eletrônicos, onde, no momento da realização de uma operação, são oferecidos ao consumidor seguro, empréstimo pessoal, cadastro de serviços de informação por mensagens para telefones móveis, e recarga de crédito destes telefones, parcelamento de fatura de cartão de crédito, empréstimo sob o título de adiantamento de décimo terceiro salário, empréstimo com crédito consignado, etc.

Injustificável a não aplicação do CDC a estes casos. Em regra, os destinatários das políticas públicas não possuem condições de alavancar sua atividade econômica, necessitando de crédito estatal, ou estão em situação de miserabilidade e carecem de auxílio financeiro. A partir do momento em que lhes é ofertado um produto ou serviço estranho à política pública, através de técnicas de persuasão ou venda casada, o que se está a fazer é retirar valores destinados à atividade produtiva, ou ao socorro, transferindo-os indevidamente para a atividade financeira. Os serviços prestados pelas instituições financeiras, ainda que se trate de intermediação, são remunerados, de modo que são prestados na forma do art. 3º, § 2º, do CDC. Ademais o próprio estado, ao optar por realizar políticas públicas pela concessão de crédito, obtém contrapartida do investimento que realiza, vale dizer, juros decorrentes do crédito fornecido, atuando como agente econômico e interferindo nas relações de mercado. Portanto, quando se trata de política pública que fornece crédito ou auxílio financeiro através dos sistemas ligados ao mercado de consumo, inarredável a aplicação do CDC.

²⁶⁷ Conforme observa Néstor Garcia Canclini alguns consumidores querem ser cidadãos (*Op. cit.*, p. 72).

4. DA INFORMAÇÃO À REVISÃO CONTRATUAL

4.1. A Livre Manifestação de Vontade

A ideologia sobre a livre manifestação de vontade, num plano hipotético e ideal construído pelo liberalismo, considerava-se voltada para o autointeresse, sendo este, sinônimo de escolha racional. Ou seja, as escolhas seriam racionais se, e somente se, voltadas ao autointeresse.

A partir da revolução industrial, a ideologia liberal expandiu-se, e ante a pouca interferência estatal, os contratos, em especial os de crédito, foram popularizados e passaram a ocupar espaço de destaque na sociedade de consumo, o que ocorreu, em boa medida, pela conceituação fictício-economicista de trabalho, terra e dinheiro, transformados em mercadorias negociáveis.

Atualmente, no Brasil, o crédito se tornou uma via de acesso a produtos e serviços indispensáveis à subsistência de grande parte da população, razão pela qual o acesso ao crédito é um direito do cidadão e do consumidor. Ao mesmo tempo o crédito tornou-se uma, até agora, perene forma de exploração do capital produtivo pelo capital especulativo, o que configura indevida transferência de riqueza. No cerne da causa desta exploração se encontra a presunção da vontade racional e voltada ao autointeresse, manifestada por homens livres e submetidos à mesma lei (formalmente iguais, pois), ainda que a legislação tenha, em boa medida, evoluído bastante na regulamentação da autonomia privada¹. No Brasil, o valor pago pelo crédito é maior do que os benefícios que podem ser obtidos com contratos desta natureza. Tudo, infelizmente, com a chancela do Poder Judiciário, principalmente no tocante às decisões sobre taxas de juros e comissão de permanência.

A concepção de liberdade no liberalismo tinha sua razão de ser, pois visava garantir ao cidadão o direito de perseguir seus próprios interesses sem a intervenção do estado, da igreja ou da comunidade². Ou seja, garantir ao cidadão a gestão de sua própria vida. Não seria possível sustentar esta noção de liberdade sem, ainda que

¹ Conforme Luiz Edson Fachin (**Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25): *Dúvida não há que 'quem diz contratual não mais diz justo', posto que se mantenha a força vinculante dos pactos há, nada obstante, superação do modelo formal de contrato.*

² MALDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996, p. 58.

formalmente, estabelecer a igualdade de todos, ou seja, que a obediência era devida à lei, e somente à lei. É certo que a disparidade de capacidade material entre, p. ex., o capitalista e o cidadão, distorceu esta construção jurídica bastante equilibrada. Em muito também contribuíram os movimentos constitucionais que se iniciaram no século XVIII e que questionaram, no plano político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, opondo-se aos estamentos que vigoravam na sociedade feudal³.

Não menos certo que ainda não havia a consagração dos direitos fundamentais que se tem atualmente, como era incipiente a construção teórico-constitucional em sua acepção limitadora do agir do estado e dos particulares.

Assim, foi necessário reequilibrar as relações no âmbito econômico, através de um tratamento desigual (mas isonômico) no âmbito jurídico, para possíveis contratantes que, embora submetidos às mesmas leis, delas recebem tratamento jurídico diferente, o que leva em conta a disparidade socioeconômica, técnica e educacional (informacional) entre eles. Este reequilíbrio é possível a partir de uma concepção de que a liberdade se desdobra em sensibilidade e acessibilidade, e de que a igualdade não pode ser exercida de forma dissociada de suas condicionantes socioeconômicas⁴. Ambas ligam-se umbilicalmente, já que a superação das condicionantes negativas da igualdade só ocorrerá quando os atos jurídicos puderem ser praticados com liberdade, ou seja, com sensibilidade e acessibilidade. Tanto mais haverá a prática de atos com liberdade, quanto houver a superação das condicionantes negativas da igualdade.

Para a concretização desta hipótese, por primeiro foi necessário superar a sinonímia entre escolha racional e autointeresse, já que as pessoas podem praticar atos racionais não motivados pelo autointeresse. A partir daí, o ponto de referência argumentativa é o de que as pessoas nem sempre agem reflexivamente, mas que, em situações especiais, não ignoram que precisam agir racionalmente. A contratação do crédito é uma situação que se pode categorizar como especial, que exige um agir racional, fundado na reflexão sobre o ato jurídico (e econômico) que se praticará.

O problema que se coloca é de saber se o consumidor de crédito, no Brasil, consideradas suas peculiaridades, tem condições de agir racionalmente ao contratar. Em outras palavras, a manifestação de vontade do consumidor de crédito, no Brasil, que

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48.

⁴ Conforme alerta Luiz Edson Fachin (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33), não há liberdade contratual com ofensa à igualdade.

deve(ria) decorrer de um pensamento racional, pode ser considerada livre (sensível e acessível) e manifestada em condições de igualdade ao fornecedor de crédito?

A resposta, já indicada quando apresentadas as formas de vulnerabilidade e as características do consumidor de crédito brasileiro, só pode ser negativa. E esta resposta negativa leva a um segundo questionamento, cuja formulação torna-se possível: o CDC oferece meios para superar as condicionantes negativas da livre manifestação de vontade, de modo a que o consumidor possa expressá-la em paridade de condições em relação ao fornecedor de crédito?

O CDC, de fato, possui mecanismos que possibilitam reduzir as condicionantes negativas da igualdade de modo a que a vontade do consumidor de crédito, no Brasil, seja manifestada livremente, inclusive para obrigar ao próprio consumidor. Reafirma-se, o CDC impõe regras de cooperação ao fornecedor de crédito, que podem ser exigidas também pela via do Poder Judiciário.

O compromisso, ou seja, ação desvinculada da promoção do autointeresse, não pode ser sinônimo de caridade. Deve ser um imperativo jurídico, mormente em virtude das determinações sociais de harmonização, leia-se equilíbrio, entre a livre iniciativa e os interesses dos trabalhadores e consumidores que, no Brasil, em larga medida acabam por confundir-se com os interesses dos cidadãos.

Se a razão permite levar em conta o autointeresse, também as obrigações podem ser cumpridas e seu cumprimento considerado um ato racional. A obediência a normas que restringem o próprio interesse é uma forma de permitir que os outros também persigam seus objetivos. Assim, observar o compromisso, mesmo quando imposto pela legislação como limitador da autonomia privada, representa seguir um comportamento que restringe a tendência a ser guiado exclusivamente pela promoção de interesses próprios, independentemente do impacto sobre os demais.

O direito, em parte, chegou a este objetivo através da regulamentação dos contratos, entretanto, o panorama atual não autoriza concluir que a aplicação da legislação, como atualmente se faz, tem sido capaz de garantir escolhas livres aos consumidores. Ao contrário, o que se observa é que os consumidores não têm escolhas, e por não tê-las, submetem-se à exploração econômica, sem o necessário socorro jurídico, muito embora este possa ser encontrado na legislação.

O compromisso, positivado como dever de cooperação nas relações de

consumo, deve incidir com mais intensidade sobre os agentes com maior poder político e econômico. A assimetria entre os agentes financeiros e o consumidor impõe àqueles o dever de cooperar para que o consumidor possa, de fato e de direito, realizar escolhas racionais aptas a satisfazer-lhe as necessidades e expectativas. É preciso destacar que a pessoa jurídica (as instituições financeiras) não pode ser um fim em si, ou seja, ser conduzida pelo autointeresse. A pessoa jurídica só estará apta desempenhar o papel que lhe é atribuído constitucionalmente se for capaz de gerar desenvolvimento social sem causar prejuízo àqueles com quem contrata e a terceiros, pois é (a pessoa jurídica) um dos meios através dos quais se viabiliza a consecução do preceito constitucional de vida digna ao cidadão⁵ sendo, ainda, uma construção jurídica que se transformou em um dos motores do desenvolvimento socioeconômico.

Um compromisso que incide com intensidade sobre os agentes políticos e econômicos de maior força é o de proporcionar a oportunidade de escolha, bem como dos meios para que as decisões individuais dos cidadãos ocorram de modo refletido e decorram de motivos racionalmente estabelecidos, com liberdade e igualdade.

Estabelecer que a oportunidade de escolha (que se pretende ver garantida pelo uso do CDC), conforme Amartya Sen⁶, é importante por dar ao cidadão mais oportunidades na busca de seus objetivos (sensibilidade) e também por garantir o processo de escolha dos objetivos a buscar (acessibilidade). Em outras palavras, a liberdade deve garantir que a pessoa possa escolher o tipo de vida que valoriza e pretende ter, bem como possibilitar que existam alternativas que poderiam ser

⁵ Sobre as questões atinentes à responsabilidade empresarial: BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARAKOVICZ, Silvia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade social das empresas privadas**. Revista Jurídica, Curitiba: Unicuritiba, nº 29, p. 375-405, jul.-dez. 2012. FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. GOMES, Daniela Vasconcellos. **Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. Desenvolvimento em Questão, Ijuí: Unijuí, nº 7, p. 127-152, jan.-jun., 2006. SÉLLOS, Viviane. **A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana**. Ânima, Curitiba: Opet, nº VI, p. 1-17, 2011. É indispensável, ainda, mencionar uma posição Carlos Frederico Marés de Souza Filho, mencionada em congressos, de que um dos grandes problemas da empresa é a primazia do lucro. Sobre a temática da busca desregrada (e desregulamentada) pelo lucro: CHOMSKI, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Trad. Pedro Jorgensen Jr. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. GRAY, John. **Falso amanhecer: os equívocos do capitalismo global**. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.

⁶ *Op. cit.*, p. 262.

escolhidas, ou que serão escolhidas ao longo da existência de cada ser humano⁷. Para tanto, é necessário minimizar as condicionantes negativas da igualdade.

Fechando o argumento sobre a liberdade: a responsabilidade individual que pode ser atribuída a uma pessoa decorre da criação de oportunidades de escolha e de meios para que as escolhas individuais: a) ocorram de modo refletido; b) decorram de razões racionalmente estabelecidas que originem uma manifestação de vontade livre; e c) possam ser realizadas⁸.

Nas relações de consumo estabelecidas principalmente entre o consumidor e grandes fornecedores, no Brasil, a vontade não é propriamente livre, eis que condicionada por fatores socioeconômicos que se impõem ao cidadão, tolhendo-lhe a autonomia da vontade, impondo ações tomadas por necessidade, ou por impossibilidade de resistência pela falta de alternativas viáveis.

Em virtude desta situação, alguns autores chegam a sugerir que a autonomia da vontade não exige uma efetiva autorregulamentação de interesses, mas sim um impulso de iniciativa da parte que deseja contratar⁹ e que atualmente se encontra limitada, pois o contrato traduz um modelo político e socioeconômico, sendo necessária a ampliação da presença do ordenamento para proteção dos contratantes (aderentes)¹⁰, de modo a restabelecer o equilíbrio, através de especial proteção ao contratante vulnerável.

A primeira pergunta, ante a posição acima retratada é: o contrato de outrora também não refletia uma opção política e socioeconômica, retratada exatamente no não intervencionismo estatal no conteúdo dos contratos? E a segunda pergunta é: existia, de fato, um não intervencionismo estatal nos contratos? O que dizer dos contratos nominados, p. ex., onde de longa data (desde 1916, para se ater ao Brasil), existe regulamentação de conteúdo e forma dos contratos? E não se diga que no Brasil o CC, em 1916, apresentava valores diversos dos valores liberais. Clóvis Bevilacqua¹¹ tomava como correta uma visão utilitarista da vontade. Seguindo John Stuart Mill, considerava que o fundamento das obrigações era o interesse social, que se harmonizava com o

⁷ *Ibid.*, p. 265.

⁸ Neste sentido, o CDC é literal, ao dispor no art. 46, que os contratos não obrigam ao consumidor, se não lhe foi dada oportunidade de tomar conhecimento (significa perfeita compreensão do contrato, considerados direitos, obrigações e consequências).

⁹ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁰ MANDELBAUM, Renata. *Op. cit.*, p. 67.

¹¹ **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 20.

interesse dos indivíduos. Para chegar à conclusão, Clovis Bevilacqua partia da (já superada) suposição de que a escolha livre e racional era sempre voltada ao autointeresse. Mas, ainda assim o CC de 1916 regulamentava os contratos, limitando o âmbito em que a vontade poderia ser manifestada, através da regulamentação das regras contratuais¹².

Portanto, sustentar que há um maior ou menor grau de intervenção legislativa no conteúdo dos contratos não significa concluir que há intervenção na autonomia da vontade, a não ser que se entenda que durante o liberalismo o contrato não tinha regulamentação legal, no sentido de orientar algumas cláusulas e alguns efeitos dos contratos.

Neste momento histórico, dada a atual configuração da sociedade e das relações que ocorrem em seu interior, a ciência jurídica evoluiu para uma maior regulamentação das regras contratuais, a fim de (tentar) evitar a exploração do contratante vulnerável. Entretanto, ainda hoje, sendo lícito o contrato, tem-se por válida a manifestação de vontade, considerada apta a obrigar o contratante, inclusive quando se trata de contratos de adesão, sem se perquirir sobre as condições em que a vontade foi manifestada. Ainda se coloca o consumidor em um estado de natureza. Ainda se exige, sem considerar o consumidor como homem de carne e osso, que cumpra o contrato que firmou, presumindo-se firmado com liberdade. A exploração das potencialidades do CDC, no Brasil, principalmente por parte dos Tribunais Superiores, é deveras tímida.

Entende-se, caminhando em sentido diverso, que não cabe ao direito o papel de interferir na vontade do consumidor. Cabe-lhe o papel de garantir que esta vontade possa ser manifestada de forma verdadeiramente livre, para perseguir a realização de seu projeto de vida, inclusive contratando crédito, se for seu desejo ou necessidade.

Para tanto, além da regulação da forma e da limitação de alguns efeitos dos contratos, torna-se imperiosa a aplicação de mecanismos minorantes das desigualdades negativas, tornando o consumidor capaz de, por si mesmo, fazer a escolha racional que melhor satisfará seus interesses e expectativas. Em palavras claras, interferir no âmbito

¹² Encontra-se, no CC de 1916, uma série de limitações à autônoma dos litigantes quanto à fixação de cláusulas e condições contratuais. O art. 1.125, do CC de 1916 estabelecia que era nulo o contrato de compra e venda, quando deixado ao arbítrio de uma das partes a taxação do preço. Hoje, em vista dos contratos de adesão, a fixação unilateral do preço é corriqueira. O art. 1.164 estabelecia que era nula a troca de valores desiguais. O art. 1.171 estabelecia que a doação de pais para filhos importava em adiantamento da legítima. O art. 1.483 estabelecia obrigatoriedade de a fiança dar-se por escrito, sem admitir interpretação extensiva.

da autonomia da vontade do consumidor significa, em boa medida, eliminar uma das características da liberdade, que é o processo de (livre) escolha dos objetivos a buscar (acessibilidade), e a forma pela qual se dará essa busca.

Amartya Sen¹³ apresenta uma crítica contundente a esta forma de pensar, feita a partir de uma ilustração. Um determinado garoto decide que, num domingo, ficará em casa ao invés de sair para fazer alguma atividade. No cenário A, o garoto permanece durante o domingo sem sair de casa. No cenário B, alguns bandidos invadem a casa do garoto, tiram-no à força da casa e impedem-no de retornar. E, no cenário C, os bandidos mantêm o garoto dentro da casa. No cenário B, o garoto não pode fazer o que deseja, desaparecendo a liberdade de decisão. Já no cenário C, o garoto acaba por fazer o que deseja, mas as oportunidades de como fará aquilo que deseja fazer, ou mesmo de mudar de ideia e sair para realizar alguma atividade externa, ficam severamente reduzidas. O aspecto processual da liberdade, ou seja, de ter acesso para fazer o que se deseja fazer e o que se sabe que pode fazer, resta comprometido.

O direito, ao interferir na autonomia da vontade do cidadão, tolhendo-lhe as possibilidades de escolha, ainda que o faça com a intenção de proteger-lhe, pode eliminar algumas possibilidades de exercício da liberdade¹⁴. Por outro lado, o direito, ao deixar que o poder econômico e as condicionantes sociais limitem o âmbito de sensibilidade (saber o que pode fazer, ou conhecer suas próprias potencialidades) e de acessibilidade (vedar o acesso a atos que o indivíduo sabe que tem potencial para praticar, mas se encontra limitado por circunstâncias exteriores), também contribui, de maneira omissiva, para interferir na autonomia privada do cidadão. É, sem dúvida, um equilíbrio difícil de manejar, mas precisa ser feito.

Não se pode olvidar que existe uma determinação constitucional para que este equilíbrio seja buscado, pois a ordem econômica funda-se na livre iniciativa, que deve observar, dentre outros, o princípio da defesa do consumidor. Ademais, o CDC tem como princípio harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo,

¹³ *Op. cit.*, p. 263.

¹⁴ Conforme alerta Francisco dos Santos Amaral Neto (**Autonomia privada**. Revista CEJ, Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 09, p. 25-30, set.-dez. 1999, p. 26) ressaltando-se o posicionamento aqui tomado, quanto ao autointeresse: *O direito civil é um ordenamento que protege os interesses e as relações jurídicas de natureza privada, desenvolvido em torno do reconhecimento de soberania, cujas principais manifestações são, a liberdade, com referência à pessoa; a propriedade, com referência aos bens; e o contrato, com referência à atividade econômica dos indivíduos. É o setor da experiência jurídica que realiza a liberdade reconhecida aos sujeitos de regularem os seus próprios interesses.*

o que explicita a simbiose existente entre fornecedores e consumidores. A simbiose é uma noção biológica que define a convivência de duas ou mais espécies de animais ou vegetais que não podem sobreviver um sem o outro¹⁵. É uma boa metáfora para definir o mercado de consumo. Os fornecedores precisam dos consumidores para alienar produtos e serviços, sendo esta a condição essencial para continuarem a operar no mercado. E os consumidores precisam dos fornecedores que produzem e alienam produtos e serviços, para poder adquiri-los, já que são necessários à subsistência¹⁶. O problema, principalmente no que toca às instituições financeiras, é que se verifica uma atividade que beira a parasitária, onde fornecedores de crédito obtêm muito mais vantagens, em relação àquelas que proporcionam aos consumidores.

Em contratos de crédito ao consumidor, no Brasil, o CDC possui mecanismos que possibilitam reduzir as condicionantes negativas da igualdade de modo a que a vontade do consumidor de crédito seja manifestada livremente, vale dizer, garantidas a sensibilidade e a acessibilidade, o que gera como consequência um maior equilíbrio contratual. Entende-se, a partir da concepção constitucional de livre iniciativa e harmonização desta com a proteção do consumidor, que a garantia da livre manifestação de vontade, para o cidadão em geral e, em especial o consumidor, desenvolver-se socioeconomicamente, é possível através da aplicação do CDC, especialmente na contratação de crédito.

Nesta mesma linha, também é possível garantir ao consumidor que, alteradas as condições objetivas da contratação original ou alteradas condições particulares do consumidor que provoquem consequências na capacidade de cumprimento do contrato, seja possível readequar o contrato a uma nova realidade que passe a apresentar-se. O CDC possui elementos jurídicos suficientes a evitar que a vontade do consumidor venha a ser manifestada sem a necessária liberdade apta a garantir-lhe o desenvolvimento socioeconômico, bem como readequar o contrato, caso a realidade contratual das partes se altere durante o período do cumprimento da avença. O

¹⁵ É o caso da triconinfa (protozoário) que vive nos intestinos dos cupins e faz a digestão da celulose. A simbiose difere da protocooperação, onde dois ou mais seres vivos cooperam para uma boa vida em conjunto, mas podem viver um sem o outro. É o caso, p. ex., dos bovinos no couro dos quais se instalam parasitas e das aves que alimentam-se destes parasitas. Outro caso de protocooperação existe entre insetos e flores, sendo que estas fornecem alimentos a algumas espécies de insetos (também algumas aves, como o beija-flor e o colibri, e os insetos realizam a polinização).

¹⁶ Esta interdependência também abarca relações trabalhistas e tributárias, e as contrapartidas salário e políticas públicas. Mas esta interdependência não é objeto do presente.

primeiro objetivo cumpre-se a partir da imposição ao fornecedor de um dever de informar qualificado, ou seja, que não se esgota com a simples prestação de informações, mas exige que seja prestada a informação de educação, de consultoria e de alerta¹⁷, adiante esmiuçadas. O segundo objetivo, ou seja, garantir a readequação do contrato a uma nova realidade fática vivida pelos contratantes exige que, à teoria de que a revisão contratual ocorra quando alteradas as condições objetivas do momento da contratação, some-se a possibilidade de alterar o contrato quando modificadas as condições particulares das partes, desde que estas alterações interfiram na capacidade de cumprimento da avença.

4.1.1. Autonomia da vontade, autonomia privada e condicionantes negativas

Para esclarecer a específica finalidade que se pretende extrair da aplicação do CDC, que é a de minoração das condicionantes negativas da contratação do crédito, necessário fixar a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada.

A legislação (incluído o CDC) deve garantir uma autonomia real da vontade do consumidor¹⁸ o que, para o presente estudo, representa minorar as condicionantes negativas da liberdade, para que a vontade seja formada de maneira livre, e expressada da mesma forma. Privilegia-se, assim, o momento pré-contratual, onde a vontade é formada, minorando as interferências indevidas em sua formação (publicidade enganosa, ocultação de informações, etc.) e majorando as informações necessárias e úteis a instruir uma correta reflexão sobre a proposta contratual do fornecedor.

Neste sentido, a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade. Aquela é o poder que particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações contratuais, estabelecendo conteúdo e disciplina jurídica. A autonomia da vontade, a seu turno, denota subjetividade, sendo externada depois de sua formação¹⁹. Portanto, quer parecer equivocado afirmar que houve abandono do dogma da autonomia da vontade, quando se trata de estreitar os limites dentro dos quais é lícito

¹⁷ Sobre os riscos da contratação, ver Antônio Carlos Efig (Op. cit., p. 451).

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 741.

¹⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348. No mesmo sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34. SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153.

contratar. Em verdade, a limitação é da autonomia privada, ou poder negocial. Foi Miguel Reale²⁰, aliás, quem esclareceu a sinonímia entre autonomia privada e poder negocial. Enquanto desregulamentado, na medida em que o contrato desempenha importante papel na alocação de poder e riqueza²¹, o poder negocial passa a ser instrumento a serviço do contratante que se encontra em posição de superioridade²².

Por outro lado, quando regulamentado à luz de princípios que primam por objetivos maiores²³, como a CF e o CDC, o poder negocial do contratante em posição de superioridade pode ser limitado²⁴ e orientado para a consecução dos valores constitucionais, no caso brasileiro, harmonização da iniciativa privada e relações de consumo e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Garantir a livre manifestação da vontade, através de ações conjuntas do estado (educação ambiental para o consumo e para haver responsabilidade social), dos fornecedores (educação para o consumo e observação da boa-fé objetiva) e dos consumidores (observação da boa-fé objetiva e disposição para educar-se), representa minorar as condicionantes negativas que limitam a vontade, sendo uma forma de viabilizar, no campo das relações de consumo, a concretização do desenvolvimento

²⁰ **O projeto do código civil.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 09.

²¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 47.

²² Conforme Francisco dos Santos Amaral Neto (**A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica.** Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, nº 102, p. 207-230, abr.-jun. 1989, p. 210): *Por sua formação histórico-filosófica, a explicitar-se adiante, a autonomia privada 'problematiza as relações entre a vontade e a norma', levando a concepções doutrinárias diversas, conforme se polarize sobre a primeira, de natureza subjetiva, em que se dá proeminência aos interesses do agente, ou sobre a segunda, em que se visam os interesses gerais da comunidade, realçados pelo caráter objetivo da declaração normativa. E liga-se ainda, e portanto, ao conceito de poder ou de autoridade, que também se vincula ao de liberdade.*

²³ Conforme Antônio Carlos Efig (Op. cit., p. 31) a livre iniciativa não [...] *pode ser compreendida como inviabilizada, mas tão somente cercada por valores maiores consagrados pela mesma Constituição Federal, como o resgate da dignidade humana. Desta forma a argumentação econômica somente encontrará respaldo se atendidos os demais princípios norteadores da ordem constitucional.*

²⁴ *Recorde-se que o Direito é um instrumento de prevenção ou de solução de conflitos e interesses. É uma técnica a serviço de uma ética socialmente estabelecida. Não se pode assim conceber o Direito puramente sob o ponto de vista instrumental, sem um fundo axiológico, uma ética a orientar no caminho das decisões jurídicas. Sob esse ponto de vista técnico, a autonomia privada é um verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias. Funciona também como um princípio informador do sistema, isto é, como um princípio aberto, no sentido de apresentar-se não como norma de Direito, mas como a idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico. E funciona ainda como critério interpretativo, já que aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica. Por outro lado, o princípio da autonomia privada faz presumir que, em matéria de Direito Patrimonial – campo por excelência de aplicação desse princípio –, as normas jurídicas são de natureza dispositiva ou supletiva. Esse poder não é, porém, originário e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse estabelece de modo crescente, ao acompanhar a transformação do Estado de Direito em Estado intervencionista ou assistencial.* (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. cit., p. 28).

socioeconômico, através da ampliação dos limites de aplicação atualmente impostos ao CDC. Importa verificar, assim, onde o CDC pode ser utilizado para minorar as condicionantes negativas da liberdade, de modo a que a vontade do consumidor, em contratos de crédito, possa ser manifestada de modo realmente autônomo, bem como esta proposta de minorar as condicionantes negativas na contratação do crédito, tem aplicação prática.

4.2. Informação e Contratos de Crédito

A forma mais eficaz para garantir que o consumidor possa manifestar sua vontade de maneira livre é através da informação. Em contratos de crédito, o dever de informar acerca das características do contrato, dos direitos e deveres que caberão ao consumidor, do cumprimento das obrigações das partes, das consequências do inadimplemento contratual, entre outras, recaem sobre o fornecedor. Se, entretanto, o objetivo de informar é, além de esclarecer o consumidor sobre o contrato ofertado, educá-lo com o fito de estabelecer equilíbrio nas relações de consumo, gerar consumo consciente e proporcionar ao consumidor a satisfação de sua necessidade ou de seu querer, pode-se concluir que se a informação se limitar aos aspectos intrínsecos do contrato, será insuficiente.

A informação, para além de instruir sobre o contrato, deve servir como fonte de educação, de modo a que o consumidor, do momento em que recebe a informação para diante, passe a compreender os aspectos da espécie contratual que pretende firmar, seja qual for o fornecedor. Além disso, a informação deve servir como orientação sobre as vantagens e desvantagens da contratação, inclusive cabendo ao fornecedor, conforme a análise do risco e da capacidade de pagamento do consumidor, indicar a não contratação²⁵. A informação deve, ainda, alertar ao consumidor acerca de outras possibilidades de contratação, que porventura melhor atendam as necessidades ou expectativas daquele momento.

²⁵ Note-se que a oferta vincula ao fornecedor (AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 95, v. 1, p. 212-132, 1995, p. 131), mas nada o impede de aconselhar o consumidor a, naquele momento, não contratar, ante a possibilidade de inadimplemento ou superendividamento. Entretanto, se o consumidor decidir contratar, o fornecedor assim terá que fazê-lo.

Por estes motivos, a educação e a informação do consumidor, primeiro, também são responsabilidades dos fornecedores e, segundo, são obrigações principais²⁶, e não acessórias, pois exigíveis como direito subjetivo (ações para acesso à informação sonegada, p. ex.) e, ainda, sendo possível extrair direitos acessórios do próprio direito à informação. O CDC estabelece no art. 6º, III, que o consumidor tem direito de ser informado, até porque a violação do dever de informar, por si só gera consequências²⁷.

Tomados os deveres de educar e informar como capazes de eficazmente cumprir os objetivos listados, não podem ser considerados como acessórios da obrigação contratual principal. São deveres principais e a boa-fé objetiva deve ser aplicada em sua função interpretativa. Os deveres de educar e informar devem ser cumpridos de forma proba, correta, honesta, atenciosa e cooperativa entre os contratantes, pena de não desempenharem o indispensável papel que lhes cabe na sociedade de consumo, que é auxiliar na formação de uma vontade racional, livre e autônoma do consumidor, de modo a que possa manifestá-la obrigando a si mesmo²⁸, sem ser enganado ou surpreendido durante a fase de cumprimento de contrato, com condições não informadas (ou mal informadas) que impossibilitaram a plena compreensão do contrato.

Imperioso analisar os deveres de educar e informar como forma de reduzir as condicionantes negativas da liberdade, estabelecendo-se padrões mínimos de conduta informativa, que sejam capazes de preencher o núcleo positivo do conceito, a fim de auxiliar o Poder Judiciário na averiguação do cumprimento da obrigação, bem como fornecer subsídios ao estado, na elaboração de políticas públicas de educação para o consumo.

4.2.1. Informação – transparência e responsabilidade

Quando se trata de informação ao consumidor, o princípio norteador do

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 747.

²⁷ Foi o caso de um programa televisivo de perguntas e respostas onde o candidato deveria responder as questões a partir de obra designada, que continha resultados reais e fictícios sobre jogos de futebol. Na última pergunta, a resposta foi dada com base no resultado real, e considerada errada. Segundo a produção, deveria ser respondido o resultado fictício. Como não havia informação ao participante, aplicou-se ao caso a teoria da perda de uma chance, determinando-se o pagamento de indenização (REsp 1.383.437, 3ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 06.09.2013).

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 743.

cumprimento desta obrigação é o da transparência, conforme exigência posta no art. 4º, *caput*, do CDC. Aplicado aos contratos o princípio visa, conforme Claudia Lima Marques²⁹, evitar lesão ao consumidor que, caso não tenha conhecimento do conteúdo do contrato e obrigações que assume, poderá vincular-se a uma avença que não suporte ou que não deseje.

Há, com a imposição de prestação de informação de forma transparente, uma inversão de papéis. O comprador cuidadoso (*caveat emptor*) passa a exercer, em princípio, um papel mais passivo, na medida em que se transfere ao fornecedor (o vendedor cuidadoso – *caveat venditor*) o papel ativo de informar³⁰. Trata-se de, conforme Claudia Lima Marques³¹, não só informar ao consumidor pessoalmente quando há contato direto com o fornecedor, mas de uma regra de conduta que deve ser observada mesmo nos casos do contato inexistir, dizendo respeito (também) a vitrines, anúncios em jornal, rádio e televisão, *outdoors*, fachadas e assim por diante, de modo que, além de reger o momento pré-contratual, o princípio da transparência atinge a conclusão do contrato.

O dever de informar tornou-se um dever qualificado, não mais se admitindo que sejam utilizadas técnicas de venda que de qualquer forma obscureçam, obnubilem, anuviem, enganem e/ou iludam a vontade do consumidor, de modo a induzi-lo a, sem tê-la livre, consciente e esclarecida, adquirir um produto ou serviço. Em outras palavras, a informação não mais se presta a unicamente para persuadir o consumidor, mas para informá-lo de modo a que possa fazer a melhor escolha para si mesmo³². Para tanto,

²⁹ *Ibid.*, p. 745.

³⁰ REsp 1.176.628, 3ª T., j. 16.09.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.10.2010.

³¹ *Op. cit.*, p. 749.

³² Immanuel Kant (**Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. Alexandre Fradique Morujão e Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 661), ao tratar da crença, aponta a diferença de sua formação a partir da persuasão e a partir da razão: *A crença (o considerar algo verdadeiro) é um fato do nosso entendimento que pode repousar sobre princípios objetivos, mas que também exige causas subjetivas no espírito do que julga. Quando é válida para todos aqueles que sejam dotados de razão, o seu princípio é objetivamente suficiente e a crença chama-se então convicção. Se tem o seu princípio apenas na natureza particular do sujeito designa-se por persuasão. A persuasão é uma simples aparência, porque o princípio do juízo, que reside unicamente no sujeito, é tido por objetivo. Semelhante juízo possui também apenas um valor individual e a crença não se pode comunicar. Mas a verdade repousa na concordância com o objeto e, por conseguinte, em relação a esse objeto, os juízos de todos os entendimentos devem encontrar-se de acordo ('consentientia uni tertio', 'consentiunt inter se'). A pedra de toque para decidir se a crença é convicção ou simples persuasão, será, portanto, externamente, a possibilidade de a comunicar e de a encontrar válida para a razão de todo o homem, porque então é pelo menos de presumir que a concordância de todos os juízos, apesar da diversidade dos sujeitos, repousará sobre um princípio comum, a saber, o objeto, com o qual, por conseguinte, todos os sujeitos concordarão e desse modo será demonstrada a verdade do juízo.*

além de estabelecer o dever de informar com transparência, o CDC também estabelece responsabilidades decorrentes da violação do dever de informar. O fornecedor responde por falhas de informação (art. 20), por recusa no cumprimento da oferta (art. 35), ou por omissão (arts. 46 e 47).

Especificamente em contratos de crédito, onde o fornecedor presta informações pessoais, conselhos e recomendações³³, eventual indicação equivocada, ou imposição de contratação (principalmente em contratos de adesão³⁴) pode gerar responsabilização³⁵. Assim, importante que durante as tratativas o fornecedor obtenha do consumidor a máxima quantidade de informações³⁶, a fim de aconselhá-lo para um menor risco de frustração das expectativas depositadas na contratação e, segundo, registrar com exatidão a intenção do consumidor a fim de oferecer o produto mais adequado a suprir-lhe as necessidades. Se a contratação interessar ao consumidor, ele a firmará, caso contrário (e ao contrário do fornecedor), não pode ser responsabilizado por não concluir o contrato³⁷.

A informação, conforme Ricardo Antônio Lucas Camargo³⁸, tanto a prestada, quanto a ocultada, é um instrumento de poder, não deixando de ser uma forma de estabelecer o despotismo por quem a detém, já que o poder econômico e a posição da instituição financeira colocam-na em condições de promover alterações da realidade econômica, em nível micro e em nível macro. Portanto, a informação deve ser prestada com transparência. Em contratos de crédito, isto significa informar e esclarecer, com precisão, até que o consumidor tenha internalizado o conteúdo informacional, sobre no mínimo: a) o benefício que irá obter, em moeda corrente ou individualizando produto

³³ SILVA, Eva Sônia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 68.

³⁴ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 105.

³⁵ No Uruguai, a Lei 17.250, de 11.08.2000, estabelece no art. 32: *La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan*. Art. 32. A violação por parte do fornecedor da obrigação de atuar de boa-fé ou a transgressão do dever de informar na etapa pré-contratual, de perfeccionamento ou de execução do contrato, dá direito ao consumidor optar pela reparação, resolução ou cumprimento do contrato, em todos os casos mais os danos e prejuízo correspondentes.

³⁶ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade e informação**. São Paulo: RT, 2011, p. 157.

³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 127.

³⁸ **Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 97.

ou serviço a ser adquirido a partir da contratação de crédito³⁹; b) o real valor do produto ou serviço, isto é, quanto custa ao consumidor sem o acréscimo de encargos financeiros, para que o consumidor possa comparar se é vantajoso realizar pagamento à vista ou se permanece vantajoso realizar o pagamento em parcelas⁴⁰; c) os custos decorrentes da contratação, isto é, a diferença entre o valor do benefício adquirido (produto ou serviço) e o valor integral a pagar; d) os custos da operação, ou seja, a partir da diferença entre o valor do produto e o valor total a pagar, quais são os serviços cobrados pela instituição financeira para, p. ex., realizar análise de crédito, abrir conta corrente, remeter extratos mensais, etc., e qual o valor individual de cada serviço; e) o percentual mensal e anual dos encargos financeiros, informando, também sobre a forma de cálculo e de incidência (tabela *price*, juros capitalizados, cálculo *pro rata die*, etc.); f) os mesmos percentuais mensal e anual respeitantes a encargos financeiros decorrentes do inadimplemento; g) demais consequências do inadimplemento (busca e apreensão do bem, liquidação financeira extrajudicial da obrigação, etc.); h) a forma pela qual o fornecedor cumprirá a obrigação (entrega do valor creditado ao consumidor, ou diretamente ao fornecedor do produto ou serviço) e o prazo de cumprimento desta obrigação; i) toda a documentação que o consumidor deve entregar para firmar o contrato, incluindo documentos que precisam de autenticação, para que a contratação não se torne ao consumidor uma *via-crúcis* de idas e vindas ao estabelecimento do fornecedor com exigência de novos documentos a cada visita; e j) eventual necessidade de firmar contrato acessório (como seguro, p. ex.), e a composição do preço deste contrato, da mesma forma que se informou a composição do preço do contrato de crédito.

Além das obrigações listadas, outras mais fazem parte do direito a informação. O problema é: não estando especificamente estabelecidas em lei ou regulamentos, são ignoradas pelos fornecedores, que se valem da vagueza dos conceitos para não cumprir, com a indispensável transparência, o dever de informar.

³⁹ O que ocorre a partir dos chamados contratos relacionais. Sobre o tema: FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos de distribuição**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2009. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003. LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 85, p. 177-208, jan.-fev. 2013. MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor** (*Op. cit.*).

⁴⁰ Bastante comum que lojistas pratiquem o mesmo preço à vista ou aprazado, o que denota que no preço à vista estão incluídos os encargos financeiros do aprazado. O que é encargo financeiro e o que é valor do produto deve ser diferenciado, para que o consumidor possa, querendo, procurar outro fornecedor, que lhe pratique preço à vista diferenciado do preço a prazo.

4.2.2. Informação e conceitos vagos

Nos EUA, o *Fair Credit Reporting Act*, no § 610, estabelece condições e formas de divulgação do crédito aos consumidores em geral. No item 2, *c*, determina-se ao fornecedor de crédito que qualquer agência de comunicação ao consumidor (o que engloba o crédito oferecido dentro do estabelecimento do fornecedor), deve ter pessoal treinado para explicar ao consumidor qualquer informação que lhe seja repassada, conforme regulamentado pelo próprio *Fair Credit Reporting Act*, no § 609. O § 609 estabelece regras sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, bem como regras sobre as informações que devem ser repassadas aos consumidores. O item *a*, estabelece que todas as agências de informação devem, mediante pedido, divulgar ao consumidor, de forma clara e precisa, todas as informações existentes sobre o consumidor no momento da solicitação, o que incluiu informações relativas a pontuação de crédito, ou qualquer outro score de risco relacionado ao consumidor. Também devem ser apresentadas ao consumidor as fontes da informação e lhe deve ser fornecida a identificação de cada pessoa que obteve dados sobre o consumidor durante os últimos dois anos, para fins de emprego ou, durante o último ano, para qualquer outra finalidade, bem como a data da consulta. Note-se que a identificação dos consulentes de dados do consumidor deve incluir o nome ou nome empresarial, o endereço e um número de telefone.

A agência deve fornecer um resumo escrito de todos os direitos do consumidor estabelecidos no título, um número de telefone para que o consumidor possa telefonar sem custos, com pessoal acessível para prestar informações aos consumidores. Estes direitos incluem: a) breve descrição dos direitos do consumidor sob este título; b) explicação de como o consumidor pode exercer esses direitos; c) lista com todos os órgãos federais responsáveis pela aplicação de qualquer disposição sobre os direitos do consumidor; d) nome e endereço das agências de crédito, para facilitar a escolha do consumidor; e) declaração de que o consumidor pode ter direitos adicionais, e de que pode entrar em contato com o Estado Membro (representado por um procurador geral), ou agência local de proteção ao consumidor; e f) declaração de que uma agência de comunicação não é obrigada a remover informações sobre o consumidor, ao menos que esteja ultrapassado o limite temporal (de um ou dois anos,

conforme o caso), ou de que a informação seja inverídica ou não possa ser confirmada como verdadeira.

Além de a agência prestar informações ou o fornecedor de crédito possuir pessoal treinado para esclarecer ao consumidor, o § 610, autoriza que o consumidor se faça acompanhar por outra pessoa de sua escolha, que deve identificar-se ao fornecedor, sendo que a agência pode solicitar do consumidor uma declaração de que concede permissão à pessoa que o acompanha, para que sejam prestadas informações na presença desta pessoa.

A preocupação com a contratação do crédito, nos EUA, também fica patente no *Equal Credit Opportunity Act*, que (§ 102) trata do uso informado do crédito, com a finalidade de estabelecer a competição entre as instituições financeiras e garantir a divulgação das condições de crédito a fim de que o consumidor possa compará-las com facilidade, evitando o uso desinformado do crédito. Referida normativa, no § 106, estabelece que o consumidor deva ser informado pormenorizadamente sobre: a) juros, incluída a diferença de preço no tempo (taxas mensais e anuais), descontos e aplicação de taxas adicionais; b) serviços de transporte, se fizerem parte do contrato; c) tarifas de empréstimo, corretagem, etc.; d) tarifas de investigação sobre o histórico de crédito do consumidor; e) todos os encargos referentes à inadimplência; f) tarifas pagas ao corretor (se houver) e taxas referentes aos registros de hipoteca ou outra garantia; g) valores do prêmio de seguros.

Existe, ainda, no § 108, autorização para que o credor, caso divulgue erroneamente a taxa de juros, a corrija, desde que previamente informe ao consumidor do equívoco. A correção limita-se a 0,25%, para mais ou para menos. Se, todavia, apurar-se que o fornecedor forneceu taxa de juro diferente da real, no intuito de enganar o consumidor, deverá praticar a taxa de juros mais baixa. Percebe-se que, pela regra, não é possível estabelecer – como se faz no Brasil – cláusula contratual que determine a aplicação da taxa média de juros. Afinal, a taxa média de juros não é previamente informada ao consumidor, vez que possui variação mensal.

Compilando os pontos importantes da informação sobre contratos de crédito nos EUA, denota-se que: a) a informação deve ser precisa e verdadeira, desde aquela constante em bancos de dados de consumidores, até a pertinente a encargos moratórios; b) o consumidor tem o direito de saber quem consultou seus dados, de alterá-los quando

equivocados e de suprimi-los quando inverídicos; c) o consumidor deve ser informado por escrito de seus direitos, com menção dos órgãos governamentais a quem pode recorrer; d) o fornecedor deve disponibilizar um empregado para sanar dúvidas do consumidor; e) o consumidor pode fazer-se acompanhar por terceiro no momento da análise e contratação do crédito; f) o consumidor deve ser informado, de maneira discriminada, sobre o valor de cada um dos serviços contratados e, com exatidão, sobre as taxas de juros de remuneração e mora; e g) havendo necessidade de alterar a taxa de juros (alteração limitada a 0,25% para mais ou para menos), o consumidor será comunicando por escrito e, se provado que a informação foi propositadamente prestada de forma inverídica, o fornecedor deverá praticar a taxa de juros menor.

Percebe-se que o dever de informar ao consumidor de crédito, nos EUA, vai a pormenores, para que o consumidor, além de ser informado de maneira bastante específica sobre o contrato, também tenha informações sobre quais direitos possui, a quem pode recorrer caso ocorra violação a direito e, mais importante, tenha condições de analisar qual é a melhor proposta e qual fornecedor a apresentou.

Quanto à informação, a Diretiva 2008/48/CE, relativa a contratos de crédito aos consumidores é minuciosa ao estabelecer obrigações aos fornecedores. Já nos considerandos, a Diretiva estabelece a importância de o consumidor, antes da celebração do contrato, ser exaustivamente informado, pelo fornecedor ou pelo intermediário do crédito (item 24), de modo claro, conciso e através de exemplos (se for o caso), para poder comparar as diferentes ofertas de crédito (item 18), considerada esta, uma forma de promover o funcionamento do mercado e garantia de elevado grau de defesa do consumidor (item 43), devendo as informações serem fornecidas por escrito (item 19). Ditas informações devem incluir, no mínimo: a) taxa efetiva anual de encargos; b) forma de cálculo de todos os encargos (juros, comissões, taxas, tarifas, remuneração de intermediários e quaisquer outros – item 20); c) especificação exemplificativa do cálculo dos encargos (item 19); d) qualquer outro item ou serviço acessório de contratação obrigatória e os respectivos valor e forma de cálculo do mesmo (item 21); e) advertência quanto aos riscos e consequências da falta de pagamento e do superendividamento (item 26).

A partir de seus considerandos, o art. 4º, 2, da Diretiva, estabelece que a oferta publicitária de crédito deve ser apresentada conforme a normalização constante

no Anexo II da Diretiva e informar: a) saldo devedor, fixo ou variável (ou ambas) e demais encargos componentes do custo total do crédito; b) o montante do crédito e o valor das prestações; c) a taxa anual dos encargos; d) a duração do contrato; e) em caso de contratos com pagamento aprazado, o preço à vista e/ou o montante de eventual sinal ou entrada. Também estabelece a Diretiva, no art. 5º, 1, *a*, que em tempo útil, antes de o consumidor obrigar-se contratualmente, devem-lhe ser repassadas informações (em papel ou outro suporte duradouro⁴¹, também na forma normalizada no Anexo II da Diretiva) para que possa comparar diferentes ofertas. Deve constar nas informações: a) tipo de crédito; b) identificação e endereço do mutuante e/ou intermediário; c) valor total e duração do contrato; d) preço à vista e aprazado de um produto ou serviço que venha a ser adquirido com o crédito; e) saldo devedor, condições aplicáveis e índices ou taxas de juros, períodos, condições e procedimentos de alteração do saldo devedor; f) saldo devedor anual, fixo ou variável (ou ambas) e demais encargos componentes do custo total do crédito; g) valor, número e periodicidade e ordem dos pagamentos; h) tarifas relativas à manutenção de conta (se for o caso) e relativas à utilização de meios que permitam operações de pagamento e levantamento de crédito e, ainda, se poderá haver alteração futura dos valores das tarifas e a forma de cálculo das alterações; i) custos notariais, se houver; j) eventual obrigação de celebrar contrato acessório; k) taxa de juros de mora e demais custos de incumprimento, bem como advertência relativa às consequências do inadimplemento; l) rol das garantias exigidas; m) existência, ou não, de direito de retratação/arrependimento; n) direito de reembolso antecipado e informações sobre eventual direito de indenização atribuído ao fornecedor; o) direito de ser informado graciosamente do resultado da consulta a uma base de dados para verificação da solvabilidade; e p) direito de o consumidor obter uma cópia do projeto de

⁴¹ No julgamento do Processo C-49-11, o TJ-CE decidiu que para efeito da Diretiva 2008/48/CE, o suporte duradouro deve ser entendido como qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo a que, no futuro, lhe permita acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam, e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas. Decidiu, ainda, o TJ-CE que, informações disponibilizadas através de um hiperlink, em página da internet da empresa, não cumpre a exigência de suporte duradouro, pois as informações não são fornecidas pela empresa, nem recebidas pelo consumidor, além do que a página eletrônica não pode ser considerada um suporte durável. Interessante a posição do TJ-CE em exigir a entrega da informação ao consumidor sem admitir que permaneçam disponibilizadas na internet. No Brasil, contrariando a preservação dos interesses do consumidor, a 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do RS decidiu válidos os descontos de tarifas bancárias em conta inativa, pois tanto o desconto quanto o montante das tarifas estariam informados na internet (Rec. Cív. 5002697-23.2012.404.7118, 4ª T. Rec. Juiz. Esp. Cív. RS, j. 23.11.2012, rel. Juiz Fernando Zandoná).

contrato de crédito, que mencionará o período pelo qual a oferta é válida.

Se firmado o contrato, além das informações constantes da proposta, o contrato de crédito deve ter acrescidas as seguintes informações (art. 10): a) em caso de amortização, o direito de o consumidor receber extrato durante a vigência do pacto, contendo o quadro de amortização, com períodos e condições de pagamento de todos os juros e despesas; b) existência ou inexistência do direito de retratação/arrepimento, mencionando prazo, procedimento e condições para o exercício, bem como sobre a obrigação do consumidor de pagar o capital com decréscimo dos juros (se for o caso) e o montante dos juros diários; c) procedimento a seguir para exercício do direito de resolução do contrato; d) existência ou inexistência de processos extrajudiciais de reclamação e de recursos acessíveis ao consumidor e, quando existam, o modo de acesso; e) nome e endereço da autoridade de supervisão competente; e f) outros termos e condições contratuais.

Antes da contratação o fornecedor deve disponibilizar intermediários que forneçam explicações adequadas, de modo a permitir ao consumidor avaliar se o contrato satisfaz suas necessidades, e se sua situação financeira lhe permite celebrá-lo. Para tanto, o intermediário deve (no mínimo) explicar as características constantes na oferta ou proposta, os efeitos do contrato e as consequências do inadimplemento (art. 5º, 6). A Diretiva possui um mecanismo indispensável à proteção do consumidor, que é a obrigação do fornecedor analisar-lhe a solvabilidade. Esta análise, conforme consta no art. 8º, 1, deve considerar informações obtidas do consumidor e de bancos de dados. Conforme art. 8º, 2, a mesma análise é exigida em caso de intenção de majoração do montante creditado ao consumidor⁴². Sobre a análise da solvabilidade, a Diretiva 2008/48/CE, em seu art. 9º, estabelece que a rejeição em conceder o crédito deve ser informada ao consumidor, de forma imediata e graciosa.

Como nos EUA, na UE o dever de informar é via de mão dupla, e serve a

⁴² Sobre a responsabilidade do fornecedor de crédito, há uma consulta de questões prejudiciais ainda não decidida pelo TJ-CE (Processo C-298/13), onde se questiona: a) o juiz é obrigado a examinar *ex officio* as disposições da Diretiva 2008/48/CE? b) a comprovação das obrigações pré-contratuais está completa com a apresentação, pelo fornecedor, do contrato de crédito celebrado com o consumidor, com exclusão de qualquer outro documento? c) o ônus de demonstrar que houve a análise da solvabilidade é do próprio consumidor, ou deve ser imputado ao fornecedor? d) o descumprimento da obrigação de análise da solvabilidade do consumidor caracteriza prática comercial desleal? e) o descumprimento da obrigação de análise da solvabilidade do consumidor e da obrigação pré-contratual de informar impede o fornecedor de exigir o pagamento do contrato, quando o inadimplemento do consumidor tiver causa na(s) omissão(ões) do fornecedor?

três propósitos, informar pormenorizadamente o consumidor de seus direitos e deveres, dar-lhe elementos comparativos a subsidiar a melhor escolha e verificar as condições do consumidor para contratar. Trata-se de regra que impõe ao fornecedor a responsabilidade de conceder crédito de maneira responsável⁴³, a fim de o consumidor poder honrar o pagamento. Os efeitos positivos destas exigências são a minoração dos índices de inadimplência, queda do risco e das taxas de juros.

Em alguns países, além da legislação protetiva infraconstitucional, o direito à informação do consumidor é garantido constitucionalmente. Assim na Argentina⁴⁴, Bolívia⁴⁵, Equador⁴⁶, Portugal⁴⁷ e Espanha⁴⁸. Há, ainda, regramento indireto sobre informações ao consumidor na Colômbia⁴⁹ e no Paraguai⁵⁰. No Brasil, conforme aponta Fernanda Nunes Barbosa⁵¹, o direito do consumidor em ser informado se encontra o art.

⁴³ Sobre a concessão responsável de crédito Margarida Maria Matos Correia Azevedo de Almeida (**A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 131) trabalha com a hipótese de responsabilização do banco quando este, conhecedor da inviabilidade econômica da empresa, prolonga-lhe artificialmente a vida, até conseguir resgatar os valores creditados, em detrimento dos demais credores.

⁴⁴ No art. 42, da Constituição Argentina, está assegurado o direito de o consumidor receber informação verdadeira e adequada.

⁴⁵ O art. 75, 2, da Constituição da Bolívia assegura o direito aos consumidores e usuários receberem informações confiáveis sobre as características e conteúdo dos produtos que consomem e serviços que utilizam.

⁴⁶ O art. 52, da Constituição do Equador estabelece que as pessoas têm o direito de ter informações precisas e não enganosas com respeito a conteúdo e características de produtos e serviços.

⁴⁷ No art. 60, 1, a Constituição de Portugal estabelece que a informação sobre produtos e serviços é direito do consumidor, como também estabelece que é um direito do consumidor a proteção de seus interesses econômicos. Verifica-se harmonia entre a Constituição Portuguesa e as diretrizes estabelecidas pela UE, que visam informar ao consumidor para proporcionar o efetivo exercício do direito de escolha, a fim de manter o mercado equilibrado o que, em última análise, significa proteger-lhe os direitos econômicos.

⁴⁸ Na Seção 51, 2, a Constituição da Espanha estabelece que é dever das autoridades públicas promover a informação e educação de consumidores e usuários, de forma (51, 1) a garantir sua proteção e salvaguardar sua segurança, saúde e interesses econômicos.

⁴⁹ Na Colômbia, apesar de não haver previsão constitucional expressa de informação ao consumidor, o art. 78 estabelece que lei regulamentará as informações de publicidade de produtos e serviços. Já o art. 15, estabelece que todo indivíduo tem direito de conhecer, atualizar e corrigir informações coletadas sobre ele em bancos de dados e também em registros de entidades públicas e privadas. A previsão de que os indivíduos podem tomar ciência dos registros sobre eles mantidos, aumenta sobremaneira os poderes dos indivíduos frente grandes empresas que mantêm bancos de dados de consumidores.

⁵⁰ O art. 28, da Constituição do Paraguai trata do direito de ser informado. Estabelece que as pessoas tem direito a receber informação verdadeira, responsável e equitativa. Garante que qualquer pessoa afetada pela divulgação de informação falsa, distorcida ou ambígua, pode exigir retificação ou esclarecimento, que devem ocorrer pelos mesmos meios e condições divulgadas. O art. 28 estabelece controle da mídia. Entretanto, a Constituição do Paraguai, no art. 137, prevê complemento da ordem jurídica por regras infraconstitucionais, e admite que direitos constitucionais, desde que não a contrariem, sejam complementados.

⁵¹ **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008, p. 50. No mesmo sentido Luiz Antônio Rizzatto Nunes (*Op. cit.*, p. 97). Assim também já considerou o STJ: REsp 1.364.915, 2ª T., j. 14.05.2013, rel. Min. Humberto Martins, DJ 25.05.2013.

5º, XIV e XXXII e 170, V, da CF⁵², interpretados em conjunto.

A informação, principalmente no âmbito da UE e dos EUA, é regulamentada de forma a deixar poucas brechas no que toca à conduta dos fornecedores. No Brasil, por outro lado, a formatação dada às regras de informação pelo legislador infraconstitucional é de uma perigosa imprecisão semântica, o que pode prejudicar a correta aplicação da normativa constitucional que coloca a proteção do consumidor como direito fundamental⁵³.

No Brasil, o legislador estabeleceu as obrigações do anunciante e do fornecedor de forma um tanto quanto genérica, acreditando que a regra da boa-fé objetiva⁵⁴ faria com que as instituições financeiras (e demais fornecedores que se encontram em situação de superioridade, principalmente econômica e técnica) prestassem informações verdadeiras, corretas, transparentes e completas⁵⁵.

Quanto aos contratos de crédito, o art. 53, do CDC, estabelece que, além da entrega de cópia do contrato⁵⁶, o fornecedor deve informar ao consumidor quanto a: a) preço do produto ou serviço, em moeda nacional; b) montante (leia-se, percentual) dos

⁵² O art. 5º, XIV, da CF, conforme anota Alexandre de Moraes (**Constituição do Brasil interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 177), é um direito de liberdade. Especificamente um direito de receber informações verdadeiras. Tem como destinatários todos os cidadãos, razão pela qual é possível aí incluir o consumidor, que tem direito a receber informações verdadeiras, pelas vias publicitárias, no estabelecimento do fornecedor ou representante, em visitas em domicílio, por telefone ou, ainda, nos sítios eletrônicos dos fornecedores.

⁵³ Em outros países o direito de informar é estabelecido a partir de conceitos vagos. Percebe-se esta forma de legislar, p. ex., em Portugal (arts. 3º, *d*, 6º a 8º, da Lei 24, de 31.07.1996), na Espanha (o Real Decreto Legislativo 1, de 16.11.2007, estabelece de forma mais minuciosa o dever de informar, mas mantém os deveres fundados em conceitos vagos, especialmente nos arts. 12, 17 e 18, 20, 32 e 44). Na América do Sul, p. ex., adota-se a mesma técnica, na Argentina (arts. 4º a 6º, 25, 28, 34 e 37, da Ley 24.240, de 22.09.1993), no Paraguai (arts. 6º, *d* [que estabelece que a informação é um direito básico do consumidor], 8º, 11, 15, 20 e 32, da Ley 1.334, de 18.06.1998) e no Uruguai (arts. 6º *c* [que como aqui, estabelece que a informação é um direito básico do consumidor], 8º, 10º, 12 a 17, 20, 23, 32, da Ley 17.250, de 11.08.2000).

⁵⁴ No direito brasileiro, segundo Bruno Miragem, o dever de informar decorre do princípio da boa-fé objetiva (*Op. cit.*, p. 127), da mesma forma Sergio Cavalieri Filho, ao tratar do princípio da transparência (*Op. cit.*, p. 43). Também Paulo Luiz Netto Lôbo (**A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 37, p. 59-76, jan.-mar. 2001, p. 66). No mesmo sentido já se posicionou o STF: Ag. em REExt 720.643, 1ª T., j. 21.05.2013, rel. Min. Luiz Fux, DJ 11.06.2013. O tema foi analisado por: PASQUALOTTO, Adalberto. **Aspectos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 90, p. 169-189, nov.-dez. 2013.

⁵⁵ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Op. cit.*, p. 1.191) critica o Código Civil de Portugal dizendo que o direito não diz até onde vão os deveres de informação e de lealdade subjacentes à boa-fé. A mesma crítica cabe ao CDC brasileiro.

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 1047. Os mesmos Autores, na mesma Obra (p. 1048), informam que, em pesquisa empírica realizada em 2004, constataram que 36% dos consumidores tinham cópias de contratos firmados com instituições financeiras.

juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; c) acréscimos legalmente previstos; d) número e periodicidade das prestações; e e) soma total a pagar, com e sem financiamento, ou seja, valor à vista e aprazado.

A simples entrega de cópia do contrato ao consumidor⁵⁷, entretanto, não é suficiente para que se presuma que tomou conhecimento prévio do conteúdo, pelo simples motivo de que, para aproximadamente 70% da população, ainda que o contrato seja lido, inexistirá compreensão do sentido e alcance das cláusulas contratuais. Se na UE, onde os consumidores são considerados informados e diligentes e onde os níveis de analfabetismo funcional são consideravelmente menores (na maioria dos países que integram a UE), exige-se que a instituição financeira disponibilize pessoa para prestar esclarecimentos e tirar dúvidas do consumidor, não se pode concluir que no Brasil a simples entrega do contrato ao consumidor esgota o dever de informar.

Sobre as demais informações e a finalidade de serem prestadas, anotam Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem⁵⁸ que: a) quanto ao preço e a soma total a pagar com e sem financiamento, a informação serve para que o consumidor possa verificar se é melhor pagar à vista ou de forma aprazada; b) quanto ao número e periodicidade das prestações, valor das parcelas, montante de juros de mora e taxa efetiva anual de juros e acréscimos legalmente previstos, a informação serve para que o consumidor possa verificar o montante de comprometimento do orçamento familiar (taxa de esforço) e se terá condições de quitar as parcelas em casos de infortúnios (desemprego, divórcio, doença, morte, etc.) ou imprevistos (nascimento de filhos, mudança, etc.). Ou seja, todas as informações consideradas obrigatórias pelo art. 52, do CDC, quanto a contratos de crédito, prestam-se tão somente a duas finalidades, o consumidor decidir se é melhor pagar à vista ou a prazo e, tendo decidido pelas parcelas, se estas caberão no orçamento familiar mensal.

Não houve, por parte do legislador, preocupação em estabelecer normas explícitas que garantam ao consumidor o direito de comparar contratos de mesma

⁵⁷ Que nem sempre é cumprida, conforme demonstram as inúmeras ações que através de pedidos de exibição buscam acesso a documentos comuns às partes, mas que são sonegados do consumidor pelo fornecedor de crédito (Ag.Rg. no AREsp 187.700, 3ª T., j. 17.12.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJ* 03.02.2014). A não vinculação do consumidor a um contrato que não lhe foi entregue já foi reconhecida pelo STJ: REsp 1.219.406, 4ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 18.02.2011.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 1047.

natureza oferecidos por outras instituições⁵⁹, recebendo uma cópia do contrato ou da proposta, antes da assinatura – o que é uma obrigação nos EUA e na UE⁶⁰. Também não há obrigação de o fornecedor orientar o consumidor sobre a modalidade de contrato de crédito a firmar que melhor atenda a necessidade do consumidor⁶¹. Inexiste, também, previsão de o consumidor estar autorizado a fazer-se acompanhar por terceira pessoa, que possua conhecimento técnico sobre o contrato que se pretende firmar. Como também não há obrigatoriedade de o fornecedor indicar nome, endereço e telefone⁶² dos órgãos de proteção ao consumidor e de tutela dos direitos do consumidor, caso este se sinta lesado⁶³.

A obrigação de informar, no que concerne à aplicação aos contratos de crédito, não deixa dúvida de que o legislador brasileiro optou por uma técnica legislativa que, quando se trata de tentar estabelecer limites ao poder econômico, talvez

⁵⁹ João de Bona Filho e Orlando Celso da Silva Neto (**Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 253-271, mar.-abr. 2013, p. 260) criticam a falta de oportunidade ao consumidor ter conhecimento prévio do contrato e um período de reflexão para pensar e comparar o contrato a outros, de mesma espécie.

⁶⁰ O Banco de Portugal disponibiliza em sua página eletrônica uma lista de condutas pré-contratuais a serem observadas pelos consumidores com base na legislação da UE sobre a contratação de crédito (acesso em 20.02.2014, às 15:50 horas, http://rep.bancobpi.pt/RepMultimedia/getMultimedia.asp?channel=Multimedia%20-%20Banco%20BPI%20-%20Diversos&content=BdP_DireitosDeveresConsumidores). *Antes de contratar um crédito: Avalie o impacto da prestação mensal no seu orçamento familiar, calculando a sua taxa de esforço. Tenha em consideração os encargos com os seus outros compromissos financeiros e as suas despesas fixas. Preste informações verdadeiras e completas à instituição de crédito (directamente ou através do ponto de venda do bem a financiar) para que esta possa, designadamente, avaliar a sua capacidade de pagar o crédito. Leia com atenção as informações que lhe sejam prestadas pela instituição, em especial a Ficha de Informação Normalizada (FIN). Analise com atenção o custo de outras opções de crédito, compare e escolha a que mais se adequa às suas necessidades. Peça a minuta do contrato e leia-a com atenção. Coloque todas as dúvidas e questões que tenha à instituição (ou ao ponto de venda), antes de assinar o contrato.*

⁶¹ Informar ao consumidor que por vezes é mais vantajoso a ele, consumidor, p. ex., contratar crédito consignado e utilizar o dinheiro para negociar um preço melhor de um veículo que pretenda adquirir, do que firmar contrato de alienação fiduciária. Ou então utilizar um cartão para aquisição de material de construção para a reforma (que não exige garantia real), do que contratar financiamento com hipoteca do bem imóvel reformado.

⁶² O Decreto 6.523, de 31.07.2008, regulamenta o serviço de atendimento telefônico, mas não exige que todas as empresas tenham o serviço. São obrigadas somente aquelas que fornecem serviços regulados pelo Estado, no âmbito da União.

⁶³ O art. 4º, do Decreto 7.962, de 15.03.2013, estabelece que o fornecedor, no comércio eletrônico, deve, entre outras providências: a) apresentar sumário do contrato antes da contratação; b) disponibilizar o contrato em meio que permita sua conservação e reprodução, após a contratação; c) manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que resolva demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; d) confirmar o recebimento de demandas pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e e) utilizar mecanismos eficazes de pagamento e tratamento dos dados do consumidor. O art. 2º estabelece que o sítio eletrônico deve fazer constar, local de destaque e fácil visualização, dentre outras, as seguintes informações: a) nome empresarial e número do CNPJ; e b) endereço físico e eletrônico, e demais informações para localização e contato da empresa.

não seja a mais recomendável, pois muito pouco foi regulamentado de forma expressa⁶⁴, o que denota que, afora as poucas e insuficientes regras do art. 52, do CDC, cabe continuar a preencher os conceitos vagos do dever de informar, em contratos de crédito, para que cada vez menos haja espaço para desvios justificados ou justificáveis por parte dos fornecedores.

4.2.3. Informação e o preenchimento dos conceitos vagos

A boa-fé objetiva se trata de cláusula geral que visa, através de suas funções de gerar deveres especiais, limitar o abuso no exercício de direitos⁶⁵, e integração normativa⁶⁶, estabelecer um padrão objetivo, genérico, que independe da boa-fé subjetiva, e orientar a atuação do sujeito. Procura estabelecer uma conduta de firmeza e coerência de quem honra compromissos, de quem é fiel ao co-contratante, ou seja, a boa-fé objetiva serve como fonte de novos deveres, denominados deveres acessórios à prestação contratual⁶⁷. Trata-se de tentar fixar um padrão de comportamento que se pretende ver seguido indistintamente por fornecedores e consumidores (no caso de relações de consumo), quanto à prática de atos jurídicos que concernem a cada uma

⁶⁴ O problema também é percebido pelos economistas. Sobre as falhas do sistema de informação de microcrédito, anotam Gilson Bittencourt, Reginaldo Magalhães e Ricardo Abramovay (**Informação de crédito: um meio para ampliar o acesso dos mais pobres ao sistema financeiro**. Pesquisa & Debate, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nº 16, p. 203-248, jul.-dez. 2005, p. 206): a) não realiza nem se apoia na construção de um histórico formalizado sobre as operações desenvolvidas pelo cliente e do qual este possa fazer uso em sua relação com outras organizações financeiras; b) o agente de crédito (empregado) passa a deter pessoalmente as informações sobre o cliente, sendo que as organizações de microcrédito disputam essas pessoas umas das outras, pois é uma forma de obter clientes, ou seja, um conjunto de informações que se encontra em mãos dos agentes de crédito; c) o sistema de informações baseado estritamente em redes locais de confiança coordenadas por um agente de crédito gera o confinamento dos mercados financeiros ao âmbito local, bloqueando a mobilidade social e geográfica dos participantes. A externalidade de rede própria aos sistemas de garantia baseados em aval solidário não permite a formação de um histórico que acompanhe o indivíduo caso ele se insira em outras regiões ou mesmo quando ele se tornar cliente bancário; d) o sistema de informações depende da quantidade de clientes que podem ser atendidos por um agente de crédito e, portanto, fica limitado, sem massificar-se; e) manter um sistema tão dependente da atuação do agente de crédito tem custos cobertos até aqui por taxas de juros mais altas que as cobradas por organizações deste tipo em outros países do mundo e também, em menor escala pelo aporte de recursos vindos dos municípios.

⁶⁵ Duas das funções da boa-fé objetiva, sendo a terceira a função interpretativa, conforme Bruno Miragem (*Op. cit.*, p. 76). No mesmo sentido Judith Martins-Costa (*Op. cit.*, p. 427-471) e, especialmente a obra de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: *Da boa-fé no direito civil (cit.)*.

⁶⁶ MONSALVE-CABALLERO, Vladimir; RODADO-BARRETO, Diana Paola. **La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo**. Vniversitas, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, nº 122, p. 483-518, jan.-jun., 2011, p. 497.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 215.

destas categorias.

Da mesma forma que optou por emprestar à boa-fé objetiva um conteúdo a preencher, o legislador, referentemente aos arts. 4º, IV, 6º, III, 14, 20, 31 e 52, aplicáveis às relações de consumo de contratação de crédito (quanto à informação), utilizou conceitos vagos⁶⁸ (ou conceitos jurídicos indeterminados⁶⁹), ou seja, espécie de conceito jurídico que carece de preenchimento *a posteriori*. Com uma intencional incompletude semântica, é possível, de acordo com o contexto, estabelecer limites de significado, de modo a reduzir ou aumentar o âmbito de abrangência do conceito. Assim ocorre, p. ex., com as seguintes expressões encontradas em referidos arts.: a) educação e informação quanto a direitos e deveres (art. 4º, IV); b) informação adequada e clara (art. 6º, III); c) informações insuficientes ou inadequadas; d) vícios decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (art. 20); e) informações corretas, claras, precisas e ostensivas (art. 31); e f) acréscimos legalmente previstos (art. 52, III) e soma total a pagar, com ou sem financiamento (art. 52, V).

O problema que se verifica quanto ao uso de conceitos vagos para estabelecer os critérios do dever de informar reside em sua ligação com a cláusula geral da boa-fé objetiva. Afinal, ambos, os conceitos vagos e as cláusulas gerais, conforme Judith-Martins Costa caracterizam-se pelo alto grau de vagueza semântica e pelo reenvio a standards valorativos extra-sistemáticos⁷⁰, de modo que, para preencher o conteúdo das regras de informar estabelecidas através de conceitos vagos, utiliza-se a cláusula geral da boa-fé objetiva. Esta, apesar de cumprir função interpretativa⁷¹, também possui, ela mesma, conteúdo semântico a ser preenchido. É preciso, assim, recordar os alertas de Gustavo Tepedino⁷², de que o uso de cláusulas gerais não

⁶⁸ Como explica Teresa Arruda Alvim Wambier (**Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001, p. 142), o uso de conceitos indeterminados implica em que o futuro também possa ser regulado pela norma, pois o conteúdo do conceito precisa ser construído (à luz do caso concreto e à partir de regras de interpretação sistemática que devem, obrigatoriamente, levar em conta os preceitos constitucionais, aponte-se) e a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p. 324.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 325.

⁷¹ Dentre outros que atribuem à boa-fé objetiva a função interpretativa: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 40. MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 76. NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 135. RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 180.

⁷² **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. in. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 4.

significa, só por si, transformação qualitativa do ordenamento, ainda que, modernamente, ditas cláusulas definam valores e parâmetros hermenêuticos⁷³, e de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro⁷⁴, de que a referência à boa-fé, só por si, não estabeleça uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos.

A vagueza dos conceitos referentes ao dever de informar será de incerto preenchimento, se o meio adotado para defini-los é somente o uso da boa-fé objetiva, já que esta cláusula geral carece, ela mesma, de significado⁷⁵. Não é recomendável esta forma de legislar no que toca ao direito à informação do consumidor, uma vez que a zona de penumbra dos dois conceitos⁷⁶ pode sobrepor-se, gerando um vasto campo para dúvida sobre se estar, ou não, cumprido o dever informativo⁷⁷.

O conceito de boa-fé objetiva foi desenvolvido em contraposição à boa-fé subjetiva⁷⁸, exatamente para que o comportamento leal e honesto entre os contratantes seja exteriorizado, de modo à (tentar) superar as discussões acerca da intenção do agente⁷⁹ (culpa ou dolo), presentes ainda hoje em algumas situações, como no caso da posse de boa-fé ou, no caso, de indenização decorrente de vício redibitório. Entretanto, como a boa-fé objetiva se trata de uma cláusula geral, apesar de se retirar da conduta do agente o elemento subjetivo, impondo-lhe uma pauta de condutas probas, continua a haver um alto grau de subjetivismo no que toca ao preenchimento do conceito,

⁷³ Também José Oliveira Ascensão alerta para a grande generalidade de significados que podem ser atribuídos ao termo boa-fé objetiva (**Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé**. Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, nº 4, p. 9-25, out.-dez. 2000, p. 18).

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 1.189.

⁷⁵ Immanuel Kant (**A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 68) atesta que uma lei moral não obedece condições subjetivas, transcendendo todas as diferenças entre os indivíduos. Ou seja, trata-se de uma lei universal (*age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal*). A cláusula geral da boa-fé objetiva, por melhor que seja empregada nas relações contratuais de consumo, não possui validade universal, como regra de Kant (o imperativo categórico), pois esta última decorre da razão pura. A boa-fé objetiva precisa ser aplicada a casos concretos onde a razão dos contraentes não é propriamente pura, mas contaminada por condicionantes (a diferença entre o que se deve fazer e o que se faz). Daí a insistência de que a liberdade será exercida somente com a superação de condicionantes, de modo a propiciar uma manifestação de vontade racional, expressada depois da correta reflexão do consumidor sobre o contrato, a partir de uma compreensão de todos os aspectos presentes e futuros da contratação.

⁷⁶ Boa-fé objetiva e dever de informar com clareza, ou dever de informar com veracidade, ou ainda, dever de informar com suficiência, p. ex.

⁷⁷ Luiz Antônio Rizzatto Nunes (*Op. cit.*, p. 471), tratando sobre os elementos obrigatórios da oferta, aponta que, a depender da espécie de oferta, bem como do produto ou serviço ofertados, nem todos os elementos da oferta serão apresentados. Exemplifica anotando que nem todos os produtos precisam apresentar dados de sua composição, como uma agenda, onde não é obrigatório que se informe que as folhas são compostas de papel 75 gramas, ou 90 gramas, já que este não é um critério utilizado pelo consumidor para decidir a compra, além do que, a ausência desta informação não o prejudica.

⁷⁸ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 86.

⁷⁹ A vontade deve ser formada livremente, mas tomada a decisão, a conduta deve pautar-se na boa-fé.

principalmente quando se passa a aplicá-lo ao caso concreto. A análise da conduta, a verificar se foi observada a boa-fé objetiva é transferida ao Poder Judiciário. Apesar de o julgamento ser orientado por provas, pela jurisprudência que se vai consolidando e pela doutrina, sobra um espaço bastante grande para subjetivismos, o que acaba resultando em jurisprudência conflitante⁸⁰ ou, ainda, em encurtamento do alcance da norma de boa-fé objetiva⁸¹.

No campo do direito do consumidor⁸², onde os mesmos produtos e serviços são oferecidos para consumidores de diferentes níveis educacionais, culturais, sociais e econômicos, padronizar um modelo standard de fornecimento de produtos e/ou serviços, que não leve em conta as particularidades do consumidor, se trata de uma ideia perigosa, pois há uma redução do conceito de consumidor a seu aspecto jurídico, ignorando suas características culturais⁸³ e socioeconômicas, o que resulta em, independentemente das particularidades de cada consumidor, principalmente no caso de pessoa física, dar-lhe um tratamento nivelado ou padrão. Tratar-se-ia de retornar ao conceito de homem em estado da natureza, com contornos mais restritivos no que toca à liberdade de contratar.

Estabelecer uma sinonímia entre a boa-fé objetiva e regras standard de comportamento no mercado de consumo, sendo a boa-fé objetiva uma cláusula geral, pode representar, enfim, um prejuízo aos consumidores, na medida em que a obediência às regras estandardizadas por parte do fornecedor poderia servir como argumento a sustentar a obrigatoriedade de cumprimento do contrato pelo consumidor, pois o

⁸⁰ É caso, p. ex., de o STF (Ag.I. 792.025, 1ª T., j. 03.04.2012, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.04.2012) entender que em um contrato de seguro de vida em grupo, por ser uma relação de trato sucessivo, a rescisão unilateral da seguradora, ainda que tenha notificado o segurado, viola o princípio da boa-fé objetiva, ainda que o motivo seja o de readequação do contrato. E o STJ (Ag.Rg. no REsp 1.210.136, 4ª T., j. 19.09.2013, rel. Min. Marco Buzzi, DJ 27.09.2013), a seu turno, julgar caso semelhante em sentido diametralmente oposto, considerando que a notificação do segurado pela seguradora, da intenção de não renovar o contrato é o suficiente para cumprimento do dever imposto pela boa-fé objetiva.

⁸¹ É o caso da jurisprudência do STJ sobre o art. 42, do CDC, que exige dolo ou culpa para condenar o fornecedor a restituir em dobro a quantia cobrada indevidamente do consumidor, como decidido, p. ex., no Ag.Rg. no REsp 431.065, 2ª T., j. 17.12.2013, rel. Min. Og Fernandes, DJ 03.02.2014.

⁸² Como em outros campos, conforme denuncia Amartya Sen (*Op. cit.*, p. 328), para quem a exigência de ver pessoas como iguais se refere à exigência normativa de imparcialidade e às reivindicações de objetividade associadas. Cada teoria da justiça, segundo o Autor, tende a, em algum nível fundamental, envolver alguma forma de tratamento das pessoas como iguais. A crítica também se aplica ao caso da justiça dos contratos de crédito ao consumo.

⁸³ Maria Paula Costa Bertran Muños (**Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 47-63, mar.-abr. 2013. p. 53), denuncia a dificuldade do consumidor em lidar com a informação econômica, bem como a falta de clareza com que é transmitida, atualmente, no Brasil.

fornecedor tem um papel de maior influência na fixação de como cumprir cada regra jurídica vinculada ao mercado de consumo. Em outras palavras, no preenchimento do conteúdo normativo da boa-fé objetiva, o fornecedor, por sua maior influência junto ao Legislativo e mesmo ao Judiciário, leva vantagem em relação ao consumidor, de modo que, estabelecida na legislação e na jurisprudência a forma pela qual ocorre o processo contratual⁸⁴, sendo respeitadas estas formas, o consumidor estará obrigado a cumprir o contrato, independentemente das particularidades dele, consumidor⁸⁵.

Ademais, outros dois motivos de ordem prática sinalizam para a problemática do uso conjunto de conceitos vagos e cláusulas gerais.

Primeiro, o consumidor se encontra em posição de vulnerabilidade jurídica. Na esfera extrajudicial, em regra acaba por contratar desassistido de advogado ou outro profissional que lhe possa esclarecer as dúvidas acerca do contrato. Como o dever de informar não está regulamentado com especificidade quanto à conduta do fornecedor, é o próprio fornecedor quem acaba por definir como prestar as informações, bem assim como será a qualidade destas informações, o que significa uma grande probabilidade de não ser prestada a informação completa, clara e verdadeira. No Brasil, além de haver grande percentual de analfabetos funcionais, também se pode destacar a presença maciça do analfabetismo jurídico (desconhecimento do cidadão sobre a linguagem jurídica, conceitos jurídicos elementares, direitos e seu modo de exercício⁸⁶). Resulta

⁸⁴ Sobre a contratação como processo obrigacional: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum* (cit.). BAGGIO, Andreza Cristina. **Breves considerações acerca da noção de contrato como processo**. Ânima, Curitiba: Opet, nº I, p. 469-493, 2009. MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 157.

⁸⁵ Emblemático o julgado do STJ (Ag.Rg. no AREsp 221.757, 4ª T., j. 06.12.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18.12.2012) em que se considerou que a consumidora agiu com ausência de lealdade e boa-fé, porque tinha (conforme elementos fático-probatórios) nítida intenção, desde a aquisição do crédito, de promover a demanda revisional. No, caso, a consumidora financiou o montante de R\$ 133.058,99, a ser pago em sessenta parcelas mensais. Tendo quitado dez parcelas, aforou ação revisional. O processo foi extinto sem julgamento do mérito, por carência de ação (falta de interesse de agir). A decisão foi mantida pelo Tribunal de segundo grau e, da mesma forma, pelo STJ. No julgamento, o STJ considerou que o princípio da boa-fé objetiva é norma de conduta das relações obrigacionais baseada na lealdade e confiança recíprocas, o que (passe-se) serviu de justificativa manter a extinção do processo, dado que a consumidora não havia quitado sequer 30% das parcelas. Não há menção no acórdão, acerca de se ter perquirido sobre eventual modificação das condições de pagamento da autora (perdeu o emprego, teve gastos extraordinários em virtude de doença, etc.), nem se o contrato apresentava vício desde o início, e a consumidora, para ter acesso ao crédito e satisfazer alguma necessidade premente viu-se obrigada a contratar, submetendo-se a condições abusivas impostas pelo fornecedor.

⁸⁶ EFING, Antônio Carlos; LAZZARI BLAETH, Flávia Noemberg. **Analfabetismo jurídico nas relações de consumo e a função social da execução jurídica na América Latina**. Espaço Jurídico, Joaçaba, nº 2, p. 197-2010, jul.-dez. 2011, p. 199.

que a simples leitura do contrato, ou uma explicação que utilize termos técnicos, por mais bem intencionada que seja, em nada esclarecerão ao consumidor. Além disso, há o agravante de que os bancários possuem parte da remuneração vinculada ao cumprimento de rígidas metas de vendas de produtos e serviços⁸⁷. Significa que, em regra, a abordagem do consumidor e o contato pessoal, são utilizados para tentar seduzi-lo e convencê-lo a adquirir contratos acessórios, como seguro da operação⁸⁸, p. ex., ou mesmo contratos que não guardam relação com a contratação do crédito, como títulos de capitalização⁸⁹, cartões⁹⁰, etc.

Segundo, na esfera judicial perpetua-se a condição de vulnerabilidade jurídica do consumidor. Apesar de estar assistido por advogado, sua capacidade para produzir e custear as provas, bem como para suportar o ônus temporal do processo é reduzidíssima. O fornecedor de produtos e serviços financeiros, que é litigante

⁸⁷ É farta a jurisprudência do TST em condenações de instituições financeiras a indenizar empregados em virtude de danos morais sofridos pelo não cumprimento de metas, ou por obrigá-los a cumprir metas difíceis para obterem melhores ganhos ou, ainda, a indenizá-los por lesões por esforços repetitivos ou por distúrbio osteomuscular relacionado ao trabalho, decorrentes de ações repetitivas durante a jornada de trabalho. Pode-se citar: a) Ag.I. em RR 122540-27.2005.5.18.0009., 3ª T., j. 20.04.2010, rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, *DJ* 07.05.2010; b) RR 57900-62.2006.5.02.0029, 4ª T., j. 18.12.2013, rel. Min. Maria de Assis Calsing, *DJ* 31.01.2014; e c) Ag.I. 00483-09.2011.5.15.0032, 8ª T., j. 18.12.2013, rel. Min. Dora Maria da Costa, *DJ* 07.01.2014).

⁸⁸ REsp 969.129, 2ª S., j. 09.12.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 15.12.2009.

⁸⁹ Em decisão paradigmática, mas contrária aos interesses dos consumidores, o STJ (REsp 1.216.673, 4ª T., j. 02.06.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 09.06.2011), considerou válida cláusula de título de capitalização que previa carência de vinte e quatro meses para devolução dos valores pagos pelos desistentes. O voto argumenta que o art. 1º, p. ún., do Decreto-Lei 261, de 28.02.1967, estabelece que o título de capitalização apresente cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no título. Aduz que o art. 3º estabelece que o Sistema Nacional de Capitalização atribui à SUSEP competência para fiscalizar operações de capitalização e aprovar os planos individuais. Também que no ajuizamento da ação estava em vigor a Circular SUSEP 130/2000, que no art. 7º, § 1º, dispunha que, para o resgate é facultado fixar prazo de carência não superior a vinte e quatro meses, contado da subscrição do título. Menciona que o resgate antecipado poderia frustrar os demais consumidores, como se esta forma de contrato integrasse alguma rede de indenização de danos (seguros), ou de proteção à saúde (planos de saúde). Menciona que ao caso é aplicável o CDC, e que é necessário harmonizar suas regras com a legislação vigente (circular da SUSEP) e que, no caso, deve-se assegurar ao consumidor informação clara sobre as características do produto e a perfeita explicação dos seus termos e condições, a fim de não haver surpresa ao consumidor. Anota que se o consumidor está ciente de todas as circunstâncias que cercam o negócio e a ele aderiu, resta-lhe respeitar o pactuado. E ainda, que no caso, não há alegação de omissão de informações aos consumidores. Fecha a argumentação apontando que a aplicação do CDC não pode alijar as demais normas legais (uma circular da SUSEP) quando é factível sua compatibilização. Seria menos trágico se as ponderações acima retratadas fossem argumento da instituição financeira. Lamentavelmente, fazem parte de uma decisão do STJ, que olvidou-se que informar não é entregar o contrato para leitura, e que cabe ao fornecedor provar que informou com clareza e explicou todos os termos e condições. Olvidou-se, ainda, que entre o CDC e a circular da SUSEP, não há que se falar em harmonização, mas em aplicação da lei em detrimento de uma regra emanada de um Órgão que não integra o Poder Legislativo.

⁹⁰ AgRg. no Ag. 1.204.754, 3ª T., j. 08.05.2012, rel. Des. Massami Uyeda, *DJ* 16.05.2012.

habitual⁹¹, possui toda uma estrutura organizada para o atendimento de suas necessidades na esfera judiciária. Tanto em seu próprio corpo de colaboradores, quanto em redes de escritórios e/ou em grandes redes de advocacia que representam os interesses das instituições financeiras em juízo, em todos os graus de jurisdição. Enquanto o consumidor conta, em regra, com um único advogado que acompanha o processo do início ao fim, o fornecedor conta com vários, além do que se serve de profissionais especializados no específico contrato cuja discussão foi posta em juízo, bem como especializados em cada uma das fases processuais pelas quais o processo tramita. Além disso, estar o processo em juízo representa uma vantagem para a instituição financeira, pouco importando em que polo da demanda figura. Quando se encontra no polo ativo, ao valor devido pelo consumidor são aplicados juros e/ou comissão de permanência de acordo com a (altíssima) taxa média praticada pelo mercado. Por outro lado, quando a instituição financeira ocupa o polo passivo e, eventualmente é compelida a restituir valores ao consumidor, o faz pagando juros de 1% ao mês e correção monetária⁹², ou seja, a restituição ocorre em percentual de juros inferior àquele que foi cobrado do consumidor indevidamente e que originou a ordem de restituição. Ademais, durante o trâmite processual, o fornecedor trabalha com o

⁹¹ Conforme dados de litigiosidade, apurados pelo CNJ, em primeiro grau e nos Juizados Especiais (em separado) e os grupos econômicos dos seis maiores bancos, tem-se a seguinte situação: Banco do Brasil S.A. (0,70% e 1,09%), B.V. Financeira S.A. (1,51% e 1,30%) e Banco Votorantim (0,05% nos Juizados), têm 2,21% das ações em primeiro grau, e 2,44% nos Juizados. Banco Bradesco S.A. (0,99% e 1,14%), Banco Bradesco Financiamento S.A. (0,21% e 0,15%), Bradesco Seguros S.A. (0,08% e 0,11%), Bradesco Administradora de Consórcios Ltda. (0,11% nos Juizados) e Banco Finasa S.A. (0,32% e 0,25%), tem 1,6% das ações em primeiro grau, e 1,76% nos Juizados. Banco Itaú S.A. (0,82% e 1,10%), Banco Itaucard S.A. (0,85% e 1,16%), Banco Itauleasing S.A. (0,33% e 0,19%), Itaú Seguros S.A. (0,06% e 0,06%), Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. (0,05%, nos Juizados), Banco Carrefour S.A. (0,05%, nos Juizados), Banco BMG S.A. (0,13% e 0,40%), tem 2,19% das ações em primeiro grau, e 2,96% nos Juizados. Banco Santander Brasil S.A. (0,80% e 1,18%), Santander Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil (0,10%, em primeiro grau), Banco ABN AMRO Real S.A. (0,10% e 0,28%) e Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. (0,78% e 0,25%), tem 1,78% das ações em primeiro grau, e 1,71% nos Juizados. Caixa Econômica Federal (0,95% e 1,96%), Caixa Seguros S.A. (não está entre os maiores litigantes) e Caixa Consórcio S.A. (não está entre os maiores litigantes), têm 0,95% das ações em primeiro grau, e 1,96% nos Juizados. O Banco HSBC – Bank Brasil S.A. figura em 0,29% das ações em primeiro grau, e em 0,28% nos Juizados. Os seis maiores bancos brasileiros, e seus grupos econômicos, respondem por 9,02% das ações do Poder Judiciário, em primeiro grau. E por 11,11% das ações dos Juizados Especiais. Somados, são o maior litigante, superando a soma de ações do INSS (4,38%), Fazenda Nacional (1,20%) e União (1,16%), responsáveis por 6,74% das ações do primeiro grau. Página eletrônica acessada do CNJ em 24.11.2012, às 10:15 horas: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

⁹² O STJ chegou a determinar a devolução dos valores descontados ilicitamente da conta corrente do consumidor corrigidos pelos mesmos índices praticados pela instituição financeira, quando do desconto (REsp 724.206, 3ª T., j. 13.09.2005, rel. Min. Castro Filho, DJ 21.01.2005), mas a posição que prevaleceu foi pela impossibilidade de serem aplicados os mesmos índices para a devolução (AgRg no REsp 704.224, 3ª T., j. 05.03.2009, rel. Min. Nancy Andriahi, DJ 20.03.2009).

dinheiro que descontou indevidamente do consumidor, reproduzindo-o. Deste modo, prestar informações insuficientes e não transparentes passa a ser um bom negócio⁹³.

Ainda que o consumidor tenha a seu favor a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal qual previsto no art. 6º, VIII, esta regra muito pouco resolve quando se trata do problema da demora do processo e do entendimento jurisprudencial a respeito do direito material, atualmente francamente favorável às instituições financeiras, como já ficou bastante demonstrado ao longo do trabalho.

Necessário, apesar de ser possível a crítica, é conviver com a atual legislação, cabendo preencher a zona de penumbra dos conceitos vagos⁹⁴ sobre informação postos no CDC, para permitir que a cláusula geral da boa-fé objetiva seja utilizada em favor do consumidor, a partir de sua finalidade interpretativa. Para tanto, em relação aos contratos de crédito, é necessário que o fornecedor cumpra três etapas de informação, a que se denominam informação de educação, informação de consultoria e informação de alerta⁹⁵.

Mas antes é preciso fazer uma diferenciação importante. A informação ao consumidor não pode ser confundida com a publicidade. A publicidade visa a seduzir o consumidor a adquirir produtos ou serviços⁹⁶. Quando veiculada, apresenta informações⁹⁷, mas estas serão direcionadas a destacar os aspectos positivos do produto ou serviço. Ademais, a publicidade utiliza-se de imagens ilustrativas, música ambiente, artistas, etc., criando um contexto favorável à apresentação do produto ou serviço. Tanto

⁹³ Reportagem da Folha de São Paulo, de 23.02.2014 (acessada em 23.02.2014, às 11:00 horas: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/02/1416474-agricultor-de-sc-perde-sitio-por-nao-pagar-emprestimo-de-r-1387.shtml>) sobre um agricultor de Matos da Costa, SC, que em virtude de um débito de R\$ 1.387,00 teve sua pequena propriedade rural leiloada, sendo obrigado a alojar-se com a família em um galpão cedido pela Igreja local. Quantas famílias em situação idêntica, no Brasil, já não passaram pelo mesmo problema?

⁹⁴ Conforme explica Teresa Arruda Alvim Wambier (*Op. cit.*, p. 149), em relação aos conceitos vagos, quando utilizados reiteradamente, instalam-se certos pressupostos de verdade, ou seja, passa a ser formado um núcleo conceitual positivo (onde há certeza de que a norma é observada), como também passa a ser formada uma fronteira conceitual negativa (onde há certeza de que a norma não é observada). Em uma ilustração de dois círculos concêntricos, tanto menor será a dúvida, quanto maior a aproximação entre o núcleo (positivo) e a fronteira (negativa), o que representa reduzir a zona de penumbra.

⁹⁵ Estas espécies de informação cumpririam o papel de esclarecimento, lealdade e proteção a que faz referência Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Op. cit.*, p. 603-616), muito embora o Autor classifique-os como deveres acessórios. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, ao relatar o REsp 586.316 (2ª T, j. 17.04.2007, DJ 19.03.2009), com fundamento no art. 31, do CDC, aponta quatro espécies de informação: 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).

⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 308.

⁹⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 471.

é assim, que o art. 30, do CDC, diferencia informação e publicidade e o art. 31, do CDC, estabelece as informações mínimas que devem constar na veiculação da oferta publicitária⁹⁸.

Oferta publicitária, por sua vez, é toda a forma de divulgação do produto ou serviço, incluídos, p. ex. rótulo, embalagem, material de ponto de venda, etc. Já o anúncio, conforme art. 18, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁹⁹, abrange qualquer espécie de publicidade e meio de veiculação, desde que realizada em espaço ou tempo pagos pelo anunciante¹⁰⁰, como rádio, televisão, outdoor, folhetos, banners em páginas da rede de computadores, etc. Oferta ou anúncio transmitem informações¹⁰¹, mas nem toda informação é transmitida através destes meios.

A informação, apesar de ser veiculada através dos mesmos meios que anúncio ou oferta, quando responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, é prestada pessoalmente pelo empregado ou funcionário, no estabelecimento comercial, ou através de serviços de atendimento ao consumidor realizados pela via eletrônica e/ou por telefone, por minutas de contratos entregues ao consumidor para análise, por páginas da rede de computadores¹⁰², etc.

Para os contratos de crédito, sem ignorar a importância de oferta publicitária e anúncios, o que pode proporcionar uma escolha livre ao consumidor, são as informações prestadas no estabelecimento do fornecedor, através de prepostos e através da entrega de informativos e da minuta do contrato, a serem analisados pelo consumidor de maneira reservada, pelo tempo que entender necessário (desde que respeitado o prazo da proposta) e com auxílio de terceiros, se for o caso.

⁹⁸ A informação deve ser: a) correta; b) clara; c) precisa; d) ostensiva; e e) em língua portuguesa. E deve apresentar, sobre produtos e serviços: a) características; b) qualidade; c) quantidade; d) preço; e) garantia; f) prazos de validade; g) origem; e h) riscos à saúde e segurança.

⁹⁹ Trata-se de um código redigido pelo CONAR e entidades associadas. Não é lei, e não pode ser aplicado em desrespeito a qualquer regra do CDC. No caso de regras conflitantes, o CDC sempre prevalecerá.

¹⁰⁰ Em verdade, praticamente reproduz o conceito de propaganda dado pelo art. 5º, da Lei 4.680, de 18.06.1965, muito embora, atualmente, o termo fique reservado ao uso não comercial, como divulgação de ideias religiosas, filosóficas, políticas, econômicas ou sociais (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 97).

¹⁰¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 461.

¹⁰² Sobre a informação divulgada em páginas da rede de computadores, o Decreto 7.962, de 15.03.2013 estabelece, no art. 2º, uma série de informações que devem ser colocadas à disposição do consumidor.

4.2.3.1. Informação de educação

Ao tratar de informação de (ou para a) educação, é preciso estabelecer a acepção do termo educação a utilizar. No caso do consumidor, se a pretensão é a de garantir-lhe que possa manifestar a vontade livre das amarras das condicionantes negativas, a educação é aqui tomada no sentido que lhe é dado por Pierre Bourdieu. Antes, entretanto, é preciso contextualizar e harmonizar o trabalho do Autor (voltado para a educação) com o estudo presente, para ser possível apropriar-se das ideias postas, bem como aplicá-las a um campo distinto daquele em que o Autor atua.

O Autor tece uma crítica à escola, que adjetiva de conservadora, afirmando que se trata de um dos fatores mais eficazes de conservação social, na medida em que fornece a aparência de legitimidade às desigualdades sociais, sanciona a herança cultural e faz com que o dom social seja tratado como dom natural¹⁰³. O Autor anota que além das situações flagrantes de diferença social, cada família transmite aos filhos um capital cultural gerador da primeira diferenciação escolar. O capital cultural¹⁰⁴ é um conceito que foi criado para dar conta da desigualdade de desempenho escolar de crianças provenientes de diferentes classes sociais. Leva em consideração o valor investido na educação, a transmissão doméstica do saber e a aptidão em adquirir educação, que significa investimento de tempo e dinheiro. O capital cultural, segundo o Autor, exige uma incorporação que implica em inculcação e assimilação, o que leva tempo e exige investimento pessoal, ou seja, é um trabalho do sujeito sobre si mesmo. O capital cultural é objetivado em suportes materiais, como livros, dicionários, escritos, pinturas, monumentos, música, poesia, etc., e, no âmbito escolar encontra-se institucionalizado sob forma de, p. ex., prêmios, diplomas, etc. Portanto, além das diferenças sociais, econômicas e culturais que a criança traz de berço, também interferem na formação educacional a disposição de pais ou responsáveis no auxílio das tarefas, a disponibilidade financeira para aquisição de material didático extra, o tempo que a criança tem para dedicar-se aos estudos, o local onde realiza os estudos, as experiências extracurriculares, os incentivos que recebe, etc. Segundo Pierre Bourdieu, a educação deve servir como uma forma de rompimento com o sistema de reprodução e

¹⁰³ **Escritos da educação.** Trad. Aparecida Joly Gouveia. Org. Afrânio Catâni e Maria Alice Nogueira. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 41.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 75.

conservação do *status quo*¹⁰⁵, a partir de uma educação apta a fazer o sujeito tomar consciência de si mesmo, bem como de suas potencialidades¹⁰⁶. Em outras palavras, a educação pode servir a minorar as condicionantes negativas da liberdade.

Trata-se de um modelo educacional que não deve ficar amarrado à educação formal, ou seja, escolar. Na medida em que o art. 3º, I, da CF, estabelece como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impõe um dever a todos, vale dizer, estado, cidadãos, empresas e sociedade civil organizada (associações, fundações, etc.). Harmonizando a regra constitucional com as disposições do art. 4º, IV, e art. 6º, II, do CDC, é inarredável a conclusão de que, no âmbito das relações de consumo, educar o consumidor é, também, dever dos fornecedores. Um melhor mercado de consumo – ou seja, harmônico e capaz de alavancar o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico (art. 4º, III) – é interesse dos fornecedores.

Lamentavelmente, nos Comentários elaborados pelos Autores do anteprojeto¹⁰⁷, no que toca ao art. 4º, IV, do CDC, não se aborda a participação de fornecedores na atividade de educar os consumidores, ainda que um dos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo seja, na forma do art. 4º, *caput*, a proteção dos interesses econômicos dos consumidores, mesmo que outro princípio de referida Política seja a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo compatibilizada com a proteção do consumidor e com o desenvolvimento econômico (socioeconômico e ambiental) e tecnológico, com base na boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III, do CDC). O dever de educar e informar, enquanto princípio da Política Nacional de Relações de Consumo vai além da imposição legal dirigida ao estado. A educação dada pelo estado e pelos fornecedores deve formar cidadãos/consumidores que saibam decodificar criticamente os textos contratuais, as mensagens publicitárias, os avisos

¹⁰⁵ Tratando sobre o ensino do direito, Sébastien Pimont (**O que significa ensinar o direito contratual europeu**. Trad. Fernanda Sirotsky Scaletscky e João Henrique Kurtz Algarve. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 82, p. 289-306, abr.-jun. 2012. p. 305) apresenta a mesma crítica à reprodução do conhecimento, dirigida à universidade, quando os professores limitam-se a reproduzir a dogmática, numa tentativa de simplificar a complexidade das relações humanas.

¹⁰⁶ **A economia das trocas simbólicas**. Vários tradutores. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 217. A mesma ideia também é trabalhada em: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Op. cit.*, p. 86-89. Mencionam-se iniciativas de estados e municípios, de algumas universidades, dos PROCONS e de institutos de defesa de consumidores. Nada há sobre a imposição da obrigação de informar aos fornecedores, nem sobre o dever de os fornecedores de crédito contribuir com o equilíbrio contratual, ou com a educação do consumidor para o desenvolvimento socioeconômico e ambiental.

constantes de embalagens, os guias e manuais de produtos, etc. Trata-se de um dever de importância ímpar¹⁰⁸.

Em referidos Comentários¹⁰⁹, somente quando se aborda o art. 6º, II, do CDC, é que se menciona, sob o signo de educação informal, o dever dos fornecedores de, através da publicidade e das informações prestadas ao consumidor, educá-los, não somente alertando-os sobre riscos de produtos e serviços, mas também garantindo a livre escolha, o que gerará equilíbrio das relações de consumo¹¹⁰ e consumo consciente¹¹¹.

A interpretação sistemática do art. 4º, *caput*, III e IV, e art. 6º, II, do CDC, leva à conclusão de que a informação a ser prestada pelo fornecedor caracteriza o que aqui se denomina de informação educação, ou seja, uma informação qualificada, capaz de emancipar o consumidor, tornando-o apto a: a) compreender o que contratará, a extensão dos direitos e obrigações que assumirá e as consequências do descumprimento do contrato; b) comparar criticamente a oferta contratual com as demais ofertas semelhantes presentes no mercado, de modo a decidir qual melhor atende-lhe os interesses; c) decidir, se for o caso, em não contratar, ao verificar que as ofertas do mercado, naquele período temporal, representam uma contratação desequilibrada, ou seja, que garante ao fornecedor mais vantagens que aquelas que o consumidor obterá com a contratação; e d) defender seus interesses, conhecendo os caminhos judiciais e extrajudiciais para fazê-lo.

A informação educação é proposta com base no que já existe tanto nos EUA, quanto na UE, onde é exigido dos fornecedores que: a) entreguem ao consumidor uma cópia do contrato, para análise fora do estabelecimento; b) mantenham uma pessoa à disposição do consumidor para orientá-lo sobre a contratação; e c) informem as vias pelas quais o consumidor pode exercer seus direitos, inclusive com indicação de endereços e telefones.

Trata-se, pois, não só de informar acerca do contrato, mas de habilitar o consumidor a compreender os termos contratuais e a extensão de direitos e deveres

¹⁰⁸ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Op. cit.*, 2011, p. 153.

¹¹⁰ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 108.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 124. No mesmo sentido: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; OIKAWA, Mariana Mendes Cardoso. **O consumo consciente e a educação para o consumo como função social da empresa**. Revista Jurídica, Curitiba: Unicuritiba, nº 33, p. 298-319, out.-nov. 2013, p. 314.

decorrentes. Significa dizer, tornar o consumidor capaz de, referentemente a qualquer contrato da mesma espécie, compreender aquilo que contratará, de modo a poder comparar entre as ofertas do mercado (contratos de mesma espécie oferecidos por fornecedores diversos), inclusive identificando as diferenças das propostas, de modo a escolher a que melhor lhe satisfaz as necessidades¹¹².

Interessante notar que a informação educação já é prestada em algumas relações de consumo, o que denota a resistência das instituições financeiras em cumprir as regras do CDC. Quando um fornecedor realiza a venda de um aparelho eletrodoméstico ou eletroeletrônico, de um veículo, ou de seguro, p. ex., é obrigatório que o aparelho esteja acompanhado de manual de instruções, instalação e uso, elaborado em linguagem didática e com ilustrações, na forma do art. 50, do CDC. A entrega do manual de instruções possui o condão de, por primeiro, orientar e educar o consumidor acerca do correto uso do produto ou serviço e, por segundo, prevenir danos decorrentes da periculosidade adquirida¹¹³. Por este motivo, principalmente além da entrega do manual de instruções, alguns fornecedores realizam a entrega técnica, que serve para repassar verbal e pessoalmente ao consumidor orientações sobre o correto uso do produto¹¹⁴.

Também há informação educação quando se trata de atendimento médico e/ou odontológico, e exige-se que todos os esclarecimentos sejam prestados ao consumidor para obter o consentimento informado¹¹⁵. Neste caso, conforme aponta Gilberto Bergstein¹¹⁶, o consentimento do consumidor decorre de um processo decisório que engloba muito mais do que simplesmente concordar com o tratamento proposto, e que exige compreensão e voluntariedade do consumidor. Este processo de construção

¹¹² Trata-se de projetar, conforme Rafael Augusto de Moura Paiva (**Repensando o 'ser' consumidor**). Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 88, p. 103-143, 2013. p. 125), quem *queremos* que seja o consumidor.

¹¹³ Quando produtos ou serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito imprevisto, que pode decorrer de problemas de fabricação, problemas de concepção e falta de informação ou instrução quanto ao uso (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 153).

¹¹⁴ Em uma decisão interessante, o TJDF (Ap.Cív. 0055673-96.2006.8.07.0001, 4ª T. Cív., j. 16.01.2008, rel. Des. Sandoval Oliveira, DJ 24.01.2008) condenou uma operadora de celular a indenizar uma empresa consumidora, por não ter realizado a entrega técnica dos aparelhos, o que impediu a consumidora de utilizá-los, muito embora tenham ocorrido cobranças mensais dos valores.

¹¹⁵ Que deve decorrer de apresentação de um termo de consentimento elaborado em linguagem acessível ao nível de conhecimento do consumidor, e que pode ser renovado (consentimento continuado), em caso de alterações nos procedimentos terapêuticos (FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 250).

¹¹⁶ **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

do consentimento, segundo o Autor, oferece duas vantagens: a) o consumidor participa ativamente da tomada de decisão, com conhecimento de causa; e b) há, nesta participação, introjeção das informações e, a partir daí, uma maior adesão ao tratamento, já que o consumidor irá cumprir não com uma obrigação que lhe foi imposta, mas com um tratamento a que aderiu livremente, e cujas condições foram construídas em conjunto com o profissional. Antes de decidir, segundo Miguel Kfourri Neto¹¹⁷, o médico deve informar o paciente sobre a situação existente, tratamento necessário, riscos, natureza, inconvenientes, vantagens, duração, custos, possibilidades de tratamentos alternativos, além de também dever informar sobre eventuais modificações da rotina, atos cooperativos – conduta – a serem observados pelo paciente, necessidade de atuação de outros profissionais, possibilidades de complicações (segundo estatísticas atualizadas), e consequências da recusa do tratamento ou do ato cirúrgico. Para prestar estas informações com correção, o profissional pode solicitar exames complementares e, inclusive, consultas com outros profissionais. Além disso, conforme alerta o Miguel Kfourri Neto¹¹⁸, a segunda opinião é um direito do consumidor e o profissional deve alertá-lo deste direito e, se for o caso, encaminhá-lo a outro profissional para nova avaliação. A segunda opinião, ou a terceira, e assim por diante¹¹⁹, é importante porque pode significar a cura do problema, como também uma redução de gastos.

A exigência do consentimento informado não é exclusivo das relações médico paciente. O STJ já se posicionou pela responsabilização do fornecedor por omissão de informação em um caso que envolveu alunos de uma universidade que omitiu que o curso não havia sido reconhecido pelo MEC¹²⁰, e também em um caso que envolveu alteração da rede de convênios de um plano de saúde, sem que os consumidores tenham sido informados¹²¹.

Este processo de construção da decisão pode tranquilamente ser utilizado quando se fala em contratação de crédito, partindo-se da premissa de que a finalidade da contratação não se resume a seduzir o consumidor a contratar e entregar-lhe um crédito,

¹¹⁷ **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: RT, 2002, p. 298.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 299.

¹¹⁹ Gustavo Silveira Borges (**Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 13-41, out.-dez. 2012. p. 15), destaca a necessidade de um diálogo interdisciplinar entre médico e paciente, que deve levar em conta não só aspectos médicos do tratamento, mas também jurídicos, econômicos, etc.

¹²⁰ REsp 1.121.275, 3ª T., j. 27.03.2012, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 17.04.2012.

¹²¹ REsp 1.144.840, 3ª T., j. 20.03.2012, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 11.04.2012.

obrigando-o a uma contraprestação mensal. A finalidade da contratação do crédito é satisfazer a necessidade do consumidor e, para tanto, devem ser exploradas todas as possibilidades de contratação ofertadas pelo fornecedor, o que se dá através de um processo dialogal onde o consumidor exporá suas necessidades e possibilidades de pagamento e o fornecedor lhe auxiliará a encontrar a melhor solução. Além disso, a informação quanto ao crédito também deve propiciar ao consumidor a possibilidade de comparar ofertas de outros fornecedores (a segunda opinião). Esta comparação somente será possível na medida em que o consumidor passe a compreender a oferta e as características do contrato, de modo a poder solicitar um contrato semelhante junto a outros fornecedores e, ainda, de modo a conseguir identificar as diferenças entre os contratos que lhe são ofertados pelos diversos fornecedores.

4.2.3.2. Informação de consultoria

Um importante dado que se leva em conta, quando se firma contratos de crédito com instituições financeiras, é a análise do risco. O risco, conforme aponta Antônio Carlos Efig¹²², é um dos principais componentes do *spread* bancário, no Brasil. O risco bancário é subdividido em seis espécies de risco¹²³, e todas as espécies interferem na formação do preço do crédito a ser concedido ao consumidor.

O primeiro é o risco do crédito, cuja análise por parte das instituições financeiras, como requisito para a concessão do crédito é determinada pela Resolução 3.721, de 30.04.2009, do CMN. O art. 2º, da Resolução estabelece que o risco de crédito define-se como a possibilidade de ocorrência de perdas do valor creditado e leva em conta as seguintes variantes, apontadas por Bruno Miragem¹²⁴: a) risco de crédito da contraparte, ou seja, a possibilidade de inadimplemento do tomador; b) risco país, referentes ao não pagamento do tomador estrangeiro em virtude de ações realizadas no país onde a instituição se localiza, ou no país onde o tomador mantém domicílio; c) risco de transferência, decorrente das variações cambiais; d) risco de desembolso para pagamento de obrigações comuns ou de garantia (avais, fianças, etc.); e e) risco de

¹²² *Op. cit.*, p. 328.

¹²³ Existem divisões e subdivisões que classificam o risco bancário. A adotada leva em conta os riscos mais comuns e mais abrangentes, quanto a seu objeto.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 205.

perdas por descumprimento de obrigações por terceiros. Além disso, no agregado de um banco, o risco de crédito é a soma total dos créditos concedidos a todos os clientes¹²⁵.

Para a concessão do crédito, a instituição financeira deve, além de manter atualizados seus dados referentes ao mercado, informar-se acerca das características do tomador, perquirindo sobre o histórico de pagamentos e de inadimplemento, capacidade econômica, destino do crédito, além de características pessoais, como idade, estado civil, renda e despesas médias mensais, dependentes, atividade econômica, patrimônio apto a garantir o pagamento, etc. Se trata de estabelecer um diálogo com o consumidor, obtendo as informações necessárias não só para classificá-lo em uma determinada faixa de risco, mas também para definir sob que forma contratual é possível conceder o crédito ao consumidor, para atender-lhe as necessidades. Esta seria, sem dúvida, uma contratação responsável.

O segundo é o risco de liquidez¹²⁶, que leva em conta a capacidade de pagamento da instituição financeira caso grande parte dos investidores solicite a devolução dos depósitos¹²⁷, o que considera duas variantes, os altos índices de inadimplência e o descolamento do tempo entre a exigência de restituição dos depósitos e o retorno dos valores necessários para tanto, quando utilizados para outras finalidades (empréstimos não vencidos)¹²⁸. Rapidamente um banco solvente pode tornar-se insolvente¹²⁹. O risco de liquidez, conforme Bruno Miragem¹³⁰, compromete a existência da instituição financeira, na medida em que há quebra da confiança.

O terceiro é o risco sistêmico, que representa a transmissão de um choque isolado em um determinado agente ou grupo de agentes econômicos, que se estende para outros participantes do mercado ou, aquele no qual más notícias sobre uma instituição financeira, ou sua real quebra, produzem uma sequência de efeitos adversos

¹²⁵ KASNAR, Istvan. **Análise de risco bancário: riscos da carteira de um banco**. Eletro Revista, Rio de Janeiro: Institucional Busines Consultoria Internacional, nº 4, p. 1-12, jan. 2009, p. 03.

¹²⁶ A Resolução 4.090, de 24.05.2012, do CMN, define risco de liquidez no art. 2º, I e II, como a possibilidade de a instituição financeira ser incapaz de honrar suas obrigações, esperadas e inesperadas, correntes e futuras, sem afetar suas operações diárias e sem incorrer em perdas significativas; e a possibilidade de a instituição não conseguir negociar a preço de mercado uma posição, devido a seu tamanho elevado em relação ao volume normal de transação, ou em razão de alguma descontinuidade do mercado.

¹²⁷ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 329.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: RT, 2013, p. 205.

¹²⁹ LASTRA, Rosa María. *Banco central e regulamentação bancária*. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 86.

¹³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 206.

em outras instituições. O essencial na definição é a interdependência entre as instituições financeiras, o que permite o contágio dos problemas enfrentados por uma ou algumas, para outras¹³¹, bem como a não controlabilidade do risco, já que inerente ao ambiente financeiro¹³². O risco sistêmico representa uma situação de contaminação do sistema bancário¹³³, ou seja, decorre de circunstâncias conjunturais alheias à atuação das instituições financeiras, mas que prejudicam ou levam à quebra, não só uma, mas várias instituições, diretamente ou em cascata¹³⁴ (efeito contágio¹³⁵).

O quarto é o risco de mercado¹³⁶, que decorre da possibilidade de perda em posições, dentro e fora do balanço, provocada por movimentos nos valores mobiliários, originadas por alterações nas taxas de juros¹³⁷ e de câmbio, nos preços das ações e das *commodities*¹³⁸. Como as instituições financeiras cada vez mais se utilizam de instrumentos derivativos, há o conseqüente aumento à exposição de riscos¹³⁹. O apelo aos derivativos por parte das instituições financeiras tornou-se uma forma de obter liquidez, inclusive com aplicação de valores cooptados no varejo bancário, o que acaba

¹³¹ ALENCAR, Leonardo S.; MARTINS, Bruno Silva. **Concentração bancária, lucratividade e risco sistêmico: uma abordagem de contágio indireto**. Trabalhos para Discussão, Brasília: Banco Central do Brasil, nº 190, p. 1-33, set. 2009, p. 04.

¹³² CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; CORRAR, Luiz João; MARTINS, Eliseu. **Mensuração do risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas**. Trabalhos para Discussão, Brasília: Banco Central do Brasil, nº 169, p. 1-50, jul. 2008, p. 06.

¹³³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 213.

¹³⁴ A falta de liquidez dos bancos era a principal causa de quebra, havendo casos emblemáticos como em Paris e Amsterdã, onde ocorreu a corrida bancária, ou seja, um contingente muito grande de clientes procurou efetuar saques em um curtíssimo espaço de tempo, sem que os bancos tivessem reservas em caixa para atender a demanda.

¹³⁵ CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; CORRAR, Luiz João; MARTINS, Eliseu. *Op. cit.*, p. 09.

¹³⁶ O art. 2º, da Resolução 3.464, de 26.06.2007, do CMN, define como risco de mercado a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes da flutuação nos valores de mercado de posições detidas por uma instituição financeira, o que inclui operações sujeitas à variação cambial, taxa de juros, dos preços de ações e *commodities*.

¹³⁷ Rubens Famá e Milanez Silva de Souza (**Gestão de risco bancário: acordo de Basileia**. Contabilidade Vista & Revista, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº 9, p. 38-51, set. 1998, p. 40), denominam de risco da taxa de juros (espécie do risco de mercado), como aquela relacionada às oscilações das taxas de juros no mercado, quando é possível haver aumento ou diminuição no valor de mercado de um ativo ou passivo, pois o valor é conceitualmente igual ao fluxo de caixa do ativo ou passivo. Outra espécie de risco de mercado é o risco de câmbio, que decorre da probabilidade de perda em virtude de variação adversa na taxa de câmbio, ou seja, do descasamento de posições que pode causar perdas resultantes de movimentos adversos durante um período em que a posição estava aberta em moeda estrangeira (CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; CORRAR, Luiz João; MARTINS, Eliseu. *Op. cit.*, p. 08). Também sobre o risco de câmbio: FERREIRA, João da Silva. **A revolução financeira e a gestão do risco na empresa bancária**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 1991, p. 34.

¹³⁸ CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; CORRAR, Luiz João. **Índices de risco sistêmico para o setor bancário**. Revista Contabilidade e Finanças, São Paulo: Universidade de São Paulo, nº 47, p. 6-18, mai.-ago. 2008, p. 08.

¹³⁹ LASTRA, Rosa María. **Banco central e regulamentação bancária**. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 86.

vinculando a instituições financeiras às decisões de política econômica do estado, mormente porque, conforme aponta Bruno Miragem¹⁴⁰, as instituições financeiras adquirem uma considerável quantidade de títulos emitidos pela União.

O quinto é o risco legal ou risco regulatório, liga-se às medidas regulatórias¹⁴¹ que podem afetar o setor bancário¹⁴². O risco regulatório é externo à instituição financeira, mas afeta a relação estabelecida entre a oferta e a procura de serviços bancários, desequilibrando-a¹⁴³. O risco regulatório, portanto, causa impacto no resultado final da oferta de serviços, pois está associado à exposição da situação financeira da instituição à regulação externa.

O sexto é o risco operacional e tecnológico¹⁴⁴, que representa perdas diretas ou indiretas determinadas por erros humanos, falhas nos sistemas de informações ou nos computadores, fraudes, etc.¹⁴⁵. Abrange um grande número de situações que estão associadas à operação bancária e à operacionalização da atividade bancária, presentes nas atividades normais da instituição¹⁴⁶. Ou seja, o risco decorre: a) da incompetência, relacionada à insuficiência de conhecimento, capacidade, habilidade, autoridade ou idoneidade para realizar uma determinada tarefa; b) displicência, relacionada ao descuido, desleixo, descaso, desmazelo, indiferença ou desinteresse; e c) fraudes, ou seja, ações praticadas por agentes internos ou externos, com má-fé¹⁴⁷.

O CMN, através da Resolução 3.380, de 29.06.2006, estabelece que risco

¹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴¹ O risco regulatório não é exclusivo das instituições financeiras, pois diz respeito sobre impacto de decisões regulatórias sobre rendimentos. Assim, acaba sendo considerado, principalmente por empresas que atuam em serviços de utilidade pública (energia elétrica, telefonia, etc.), como importante fator de decisão sobre onde investir o capital (CLEMENTE, Ademir; TAFFAREL, Marinês; VIEIRA DA SILVA, Wesley. **Risco regulatório e reação do mercado: análise do setor de energia elétrica**. Revista Universo Contábil, Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, n° 9, p 121-134, jan.-mar. 2013, p. 123).

¹⁴² EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 329.

¹⁴³ Exemplo recente de risco regulatório que diminuiu a procura dos serviços bancários afetados pela medida foi a majoração da alíquota (de 0,38% para 6,38%) do IOF, para saques no exterior com cartões de crédito ou débito, para aquisição de moeda estrangeira em cheques de viagens e carregamento de cartão internacional pré-pago, destinados a atender gastos pessoais em viagens internacionais, o que ocorreu através do Decreto 8.175, de 30.12.2013.

¹⁴⁴ A nomenclatura tecnológico não é utilizada por todos os Autores, mas em virtude da semelhança de ambos, optou-se por abordá-las em conjunto. Há Autores que o classificam como uma espécie do risco operacional, como, p. ex., Rubens Famá e Milanez Silva de Souza (*Op. cit.*, p. 41).

¹⁴⁵ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁷ GALVÃO, Délio José Cordeiro; LOURES, Renato Falci Villela; MENDONÇA, Helder Ferreira; **Risco operacional nas instituições financeiras: contratar seguro ou auto-segurar-se?** Revista EconomiA, Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, v. 9, p. 309-326, mai.-ago. 2008, p. 311.

operacional é a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de folhas, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos (art. 2º). Como eventos caracterizadores do risco operacional, o art. 2º, § 2º, de referida Resolução inclui: a) fraudes internas e externas; b) demandas trabalhistas e segurança deficiente do local de trabalho; c) práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços; d) danos a ativos próprios ou em uso pela instituição; e) interrupções das atividades da instituição; f) falhas em sistemas tecnológicos; e g) falhas na execução, cumprimento de prazos e gerenciamento de atividades.

O art. 3º, da Resolução 3.380/2006, estabelece que a estrutura de gerenciamento da instituição financeira deve ser capaz: a) identificar, monitorar, controlar e mitigar o risco operacional; b) documentar e armazenar informações referentes às perdas associadas ao risco operacional; c) elaborar, com periodicidade mínima anual, relatórios que permitam a identificação e correção tempestiva das deficiências de controle e gerenciamento do risco operacional; d) realizar, com periodicidade mínima anual, testes de avaliação dos sistemas de controle de riscos operacionais que estejam em funcionamento; e) elaborar e disseminar políticas de gerenciamento de riscos operacionais aos funcionários ou empregados da instituição, estabelecendo papéis e responsabilidades, incluídos os prestadores de serviços terceirizados; f) manter um plano de contingência que contenha as estratégias a adotar para assegurar condições de continuidade das atividades e para limitar perdas decorrentes do risco operacional; e g) implementar, manter e divulgar um processo estruturado de comunicação e informação.

Desta exigência de controle interno e de alguns elementos externos, surgiram medidas adotadas pelas instituições financeiras que acabam por repercutir nas relações de consumo e no direito do consumidor, como p. ex., em questões relativas à segurança, como o travamento de portas automáticas ou delitos no interior da agência¹⁴⁸,

¹⁴⁸ Comum a condenação a indenizar pelo travamento de portas giratórias: a) Ag.Rg. no AREsp 274.220, 4ª T., j. 28.05.2013, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJ* 04.06.2013; b) Ag.Rg. no REsp 1.286.250, 3ª T., j. 06.12.2012, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJ* 13.12.2012; c) Ag.Rg. no AREsp 205.317, 4ª T., j. 21.08.2012, rel. Min. Raul Araújo, *DJ* 11.09.2012; e d) Ag.Rg. no AREsp 114.122, 3ª T., j. 26.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 29.06.2012. Também é comum responsabilizar as instituições financeiras quando, em virtude de delitos ocorridos no interior da agência, o consumidor sofre prejuízo físico, material ou moral: a) Ag.Rg. nos EDcl no AREsp 355.050, 3ª T., j. 19.11.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 03.13.2013; b) REsp 1.250.997, 4ª T., j. 05.02.2013, rel. Min. Marco Buzzi, *DJ* 14.02.2013.

automação¹⁴⁹, sistemas de informática, etc. Bruno Miragem¹⁵⁰ destaca que, se por um lado a evolução das instituições quanto aos sistemas e técnicas de atendimento resulta em maior eficiência, redução de custos e agilidade das operações, por outro implica em novos riscos, como a incompatibilidade de sistemas novos e antigos, defasagem tecnológica ou obsolescência de sistemas e equipamentos, (novos) riscos de segurança, seja em relação à integridade física dos equipamentos que suportam as operações, como aos sistemas e ativos da instituição, principalmente pelo aumento do volume de fraudes praticadas pela rede de computadores.

Pois bem, conforme Antônio Carlos Efig¹⁵¹, a existência de todos estes riscos gera a consequência de a instituição financeira embutir nos juros que cobra dos tomadores de empréstimo um percentual referente à possibilidade de que o risco venha a concretizar-se. Mas, se o risco não se concretiza, não há restituição ao consumidor do montante de juros equivalente ao risco¹⁵². Desta forma, o Autor questiona até que medida se justifica que o consumidor suporte a integralidade dos riscos, principalmente por que: a) talvez não se concretizem; b) o consumidor arca com o risco de inadimplência de todos os tomadores de crédito (inclusive os não consumidores), ainda que ele, consumidor, cumpra integral e pontualmente o contrato¹⁵³.

Em que pese as importantes considerações e objeções que são juridicamente postas à cobrança com as quais se concorda integralmente, fato é que os riscos compõem o percentual de juros que será cobrado do consumidor, quando da contratação de crédito. E como a análise dos riscos é parte da atividade bancária e, mais ainda, como as despesas com pessoal também compõem o *spread* (outro elemento que integra o cálculo da taxa de juros), de se concluir que dentro desta taxa se encontra o pagamento, pelo consumidor, para que o fornecedor realize a análise dos riscos, inclusive no que diz

¹⁴⁹ Comum é a condenação de instituições financeiras a indenizar por fraudes praticadas pela rede de computadores, em relação a consumidores que fazem uso do *home bank*: Ag.Rg. no Ag. 940.608, 4ª T., j. 04.03.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 22.03.2010. Aliás, o uso de *home bank* já causou polêmica no SJT, que em vários julgados não admitiu a comprovação do preparo por documento produzido pela parte, quando o preparo era pago pela rede de computadores (Ag.Rg. no AREsp 315.018, 2ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 04.09.2013). Atualmente, a tendência é a do STJ aceitar esta forma de pagamento do preparo (REsp 1.415.790, 3ª T., j. 12.11.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 13.02.2014).

¹⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 210.

¹⁵¹ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 329.

¹⁵² Como ressalta Nalva Cristina Barbosa Campello (**Spread bancário no Brasil: suas determinantes e consequências**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, nº 2, p. 130-126, dez. 2008, p. 117), socializam-se os prejuízos e privatizam-se os lucros.

¹⁵³ JANTALIA, Fabiano. *Op. cit.*, p. 143.

respeito ao consumidor, que é o risco de crédito. Sendo um serviço pago pelo consumidor (de forma diluída, por todos os consumidores), surgem os direitos de acesso aos resultados desta análise, bem como de participação no cálculo do risco.

Nos EUA, o § 609, do *Fair Credit Reporting Act*, garante que todas as informações constantes em bancos de dados e cadastros devem ser repassadas ao consumidor, de forma clara e precisa, incluídas informações relativas à pontuação de crédito, ou qualquer outro score de risco relacionado ao consumidor. Na UE, identicamente, a Diretiva 2008/48/CE, estabelece que antes da concessão do crédito, o fornecedor deve realizar a análise da solvabilidade do consumidor, considerando informações obtidas junto a este, e também junto a bancos de dados (at. 8º, 1), sendo que, havendo rejeição na concessão do crédito, deve o consumidor ser informado das razões, imediata e graciosamente (art. 9º), ou seja, informado dos motivos pelos quais o fornecedor considerou que o consumidor, para o contrato pretendido, não apresenta solvabilidade. No Brasil, o art. 5º, II da Lei 12.414, de 09.06.2011 (lei do cadastro positivo), estabelece que é direito do consumidor (cadastrado) acessar as informações sobre ele existentes; o inciso III garante o direito de solicitar impugnação a qualquer informação inverídica; o inciso IV garante o direito de conhecer os principais¹⁵⁴ elementos e critérios considerados para a análise do risco; e o inciso VI garante ao consumidor que pode solicitar ao consultante, ou seja, ao fornecedor de crédito, revisão da decisão, quando realizada exclusivamente por meios automatizados. Ademais disso, quanto a bancos de dados e cadastros de consumidores, o art. 43, § 3º, do CDC, estabelece como direito o consumidor exigir a correção de inexatidões constantes nos arquivos, regra também aplicável a arquivistas de cadastros positivos¹⁵⁵.

Na medida em paga para que seja realizada a análise de risco do contrato que pretende firmar com a instituição financeira, na medida em que tem direito a acesso aos dados e aos principais critérios de análise do risco e, ainda, na medida em que tem o direito de exigir a correção de inexatidões, torna-se possível sustentar que o consumidor pode participar da formação de seu próprio cadastro, que deve ocorrer de forma

¹⁵⁴ A redação do art. 5º, IV, mereceu crítica de Leonardo Roscoe Bessa (**Cadastro positivo**. São Paulo: RT, 2011, p. 115), que aponta que o dispositivo deveria assegurar o direito do consumidor a todos os elementos e critérios utilizados para a análise do risco, e não apenas aos principais.

¹⁵⁵ O art. 1º, da Lei 12.414/2011, estabelece: *Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.*

dialógica, ou seja, o fornecedor deve apresentar os critérios que utiliza, e o consumidor prestar as informações solicitadas¹⁵⁶, inclusive com comprovação documental, se for o caso, de forma verdadeira e transparente.

Este processo dialógico de formação do cadastro para a análise de risco cumpre a dupla finalidade. Primeiro, transcender a mera formação cadastral, e também servir como informação de educação. Se o consumidor compreender quais são os critérios utilizados para a análise de risco, pode adotar um comportamento no mercado que seja capaz de melhorar seu score para o futuro, o que lhe proporcionará acesso a juros menores e, ainda, a linhas de crédito diferenciadas, reservadas pelas instituições financeiras aos bons pagadores. É uma medida que privilegia os interesses do consumidor, e que também beneficia ao fornecedor. Apesar de o consumidor ter acesso a juros mais baixos (o que, a princípio, pode parecer uma minoração do lucro do fornecedor), em contrapartida terá acesso a um volume maior de crédito, o que compensará a redução dos juros. E ainda, o consumidor educado para consumir conscientemente apresenta menor risco de inadimplência e favorece a instituição financeira no que toca à segurança de provisionar a entrada do pagamento da parcela no dia programado, podendo comprometer o ativo em operações coligadas, com melhores taxas de rentabilidade para a instituição. Segundo, o processo de análise de risco que envolve a participação conjunta de consumidor e fornecedor, deve servir como informação de consultoria. Como o fornecedor possui os dados do consumidor, cabe-lhe prestar, através de empregados ou representantes, consultoria financeira, primeiro colhendo junto ao consumidor informações completas, inclusive sobre as necessidades que levaram à busca do crédito e, depois, selecionando, dentre os contratos que oferta, o que melhor atende as necessidades do consumidor, e que oferece um risco pequeno, ou ao menos aceitável, para a instituição financeira. Tanto nos Estados Unidos (*Fair Credit Reporting Act*, § 610), quanto na UE (Diretiva 2008/48/CE, art. 5º, 6), exige-se que a instituição financeira, antes da contratação, disponibilize um empregado ou funcionário que tenha conhecimentos para sanar as dúvidas do consumidor¹⁵⁷. Não há porque ser

¹⁵⁶ A informação tem dupla face, o dever de informar e o direito de ser informado, valendo ambos para consumidor e fornecedor (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 37).

¹⁵⁷ Philippe Flores e Gérard Biardeaud (*Op. cit.* p. 35) anotam que a Corte de Cassação da França entende que o fornecedor é obrigado a, antes de conceder o crédito, alertar ao consumidor quanto à conclusão do contrato, o que é distinto de apenas entregar cópia da proposta. Para satisfazer a obrigação o fornecedor deve examinar a capacidade financeira e o risco de endividamento originado da concessão do crédito.

diferente no Brasil. É função da empresa agir para a consecução dos objetivos constitucionais, e não só buscar o lucro. Quando se encontra um contrato de crédito que melhor se adequa às necessidades e capacidade de pagamento do consumidor, menor será o índice de inadimplência, compensando eventual aumento do custo decorrente de majorar o número de empregados ou funcionários e de mantê-los atualizados quanto às características dos contratos, critérios e elementos da análise de risco¹⁵⁸. Aliás, a qualificação do pessoal gera, ainda que em prazos médio e longo, aumento de ganhos.

A informação consultoria pode ser imposta aos fornecedores de crédito, também em virtude da obrigação que o art. 4º, III e o art. 6º, III, do CDC, estabelecem, de prestação de informação adequada e clara, bem como de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo. Sem esquecer que um contrato adequado às necessidades e particularidades do consumidor é uma efficientíssima forma de prevenção de danos e a frustração da avença¹⁵⁹ (art. 6º, IV, do CDC), que também vem em benefício preventivo ao fornecedor. Anote-se, ainda, que sobre a análise de riscos, a Resolução 3.721, de 30.04.2009, do BCB, especifica no art. 4º, XII, que é obrigação da instituição financeira classificar as operações sujeitas a risco em categorias. Para tanto, deve ser levado em conta, entre outros aspectos (art. 4º, XII, *a*), a situação econômico-financeira e outras informações cadastrais do tomador. Esta classificação ocorre tanto pela análise dos cadastros de consumidores, quanto pela aplicação de questionários e exigência de apresentação de documentos comprobatórios de, p. ex., residência, atividade, renda, patrimônio, etc. Tanto que o art. 8º, II, da IN 28/2003, do INSS, p. ex., autoriza expressamente que a instituição financeira obtenha informações necessárias à formalização do contrato junto ao consumidor, quando trata de contratos de crédito consignado para aposentados e demais beneficiários da previdência social.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a informação de consultoria vincula o fornecedor tal qual a oferta (arts. 30 e 31, do CDC), não só em relação ao contrato escolhido, que deve ser cumprido pelos contratantes, mas também em relação ao alcance dos objetivos programados em conjunto com o consumidor, que foram

¹⁵⁸ Conforme bem assinala Karla Cristina da Costa e Silva Matos (**O valor econômico da informação nas relações de consumo**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 41), elaborar a informação demanda custos consideráveis, mas os custos de difusão são relativamente baixos. Uma vez que o consumidor esteja educado para o consumo, o tempo de atendimento para que compreenda as características do contrato tende a diminuir paulatinamente.

¹⁵⁹ EFING, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 113.

previstos e prometidos pelo fornecedor. Daí a importância de obter informações exatas e verdadeiras. Neste sentido é criticável a decisão do STJ¹⁶⁰, que negou indenização a um grupo de investidores que tiveram renda inferior àquela prevista pela instituição financeira. Consta no julgado que os investidores sabiam que a aplicação escolhida era de alto risco e que, ainda que constasse nos prospectos um patamar mínimo de rendas, a legislação não faz previsão deste fato, o que deveria ser de conhecimento dos investidores, que também deveriam saber que, em caso de aplicações de risco, pode haver, inclusive, prejuízo. O problema da decisão foi não aplicar a regra da vinculação da oferta. Ora, se a instituição financeira, através de prospectos, promete um determinado percentual de renda, ainda que o investidor saiba que a operação é de risco, não poderá ter renda menor (nem prejuízo) do que aquela prometida.

a. Análise da capacidade de endividamento

Dentre os direitos básicos do consumidor estão, a educação para o consumo (art. 6º, II), que visa assegurar a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, e a informação adequada e clara sobre produtos e serviços (art. 6º, III). A educação para o consumo é imposta aos fornecedores, e não trata apenas de alertar o consumidor sobre riscos à saúde, decorrentes de produtos, mas exige que se alerte ao consumidor sobre todas as condições contratuais, para que não seja surpreendido com alguma cláusula potestativa ou abusiva. Já a informação adequada, conforme Bruno Miragem¹⁶¹, está vinculada à espécie de relação jurídica de consumo que determinará quais as informações substanciais a prestar ao consumidor, como dever intransferível do fornecedor. Não basta simplesmente informar. É necessário que seja transferida de modo adequado e eficiente, ou seja, o consumidor deve entender e assimilar o que lhe está sendo informado¹⁶².

Cumprir as obrigações (impostas ao fornecedor) de educar e informar o consumidor, sob o ângulo da informação de consultoria, implica em: a) avaliar os riscos

¹⁶⁰ REsp 1.214.318, 3ª T., j. 12.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 18.09.2012.

¹⁶¹ Em alguns casos, o STJ acaba na contramão das determinações do CDC, como por exemplo, no entendimento de que a simples previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo mensal ser suficiente para que o consumidor compreenda que está a contratar juros capitalizados. STJ, AgRg no REsp 954.313/RS, 4ª T., j. 19.09.2013, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 02.10.2013.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 128.

do contrato; b) cooperar com o parceiro contratual, que é vulnerável; e c) agir com transparência nas operações de contratação de crédito.

Ao fornecedor, conforme aponta Bruno Miragem, cabe avaliar o interessado em tomar o crédito, como forma de mitigar o risco de inadimplência¹⁶³. Entre os mecanismos de avaliação estão os cadastros de consumidores¹⁶⁴, os bancos de dados de consumidores¹⁶⁵ e o banco de dados positivo¹⁶⁶. Além disso, tratando-se de contratos de crédito, é possível ainda valer-se de outros mecanismos de avaliação da capacidade financeira dos consumidores. Em contratos firmados com consumidor que mantém conta salário na instituição financeira com a qual pretende contratar, a informação sobre os rendimentos já está disponível previamente. Torna-se, assim, possível conferir os valores que, ao final do mês, permanecem em conta, ou são transferidos para investimentos ou poupança.

A avaliação dos riscos do contrato, sendo obrigatória (Resolução 3.721/2009) é exigida da instituição financeira, e trata-se não só de obter informações sobre, mas também (e principalmente) de obter informações junto ao próprio consumidor, para construir o perfil socioeconômico mais fidedigno possível, a fim de evitar contratos com risco acentuado. Conforme Bruno Miragem, as instituições financeiras, em relação à exposição a riscos, devem agir com lealdade e boa-fé, protegendo a confiança e as legítimas expectativas não só do consumidor e empresa, mas de toda a clientela.¹⁶⁷ Não se admite que deliberadamente uma instituição financeira, por não cumprir a regra de informar-se e analisar riscos, assine contratos capazes de levar-lhe a bancarrota, o que resultaria em prejuízo a milhares (às vezes milhões) de correntistas¹⁶⁸.

¹⁶³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁴ Conforme anota Antônio Carlos Efig (Op. cit., p. 36): [...] sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo provisoriedade subordinada aos interesses comerciais subjetivos do arquivista [...].

¹⁶⁵ Ainda conforme Antônio Carlos Efig (Ibid., p. 35): [...] sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos e não-valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos.

¹⁶⁶ Leonardo Roscoe Bessa (Op. cit., p. 28), sustenta que o banco de dados de consumidores (de informações negativas) e o banco de dados positivo (de informações positivas) possuem as mesmas características, variando apenas a natureza da informação prestada aos terceiros que lhes consultam. Daí justificar a nomenclatura *banco de dados positivo*, mais tecnicamente adequada que *cadastro positivo*.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 216.

¹⁶⁸ Margarida Maria Matos Correia Azevedo de Almeida (Op. cit., p. 145) destaca a importância da

A análise do risco, entretanto, deve ser uma via de mão dupla, seguir a dialética contratual de informar e ser informado e servir para alertar ao consumidor de sua (in)capacidade de endividamento. O dever de cooperação engloba educar e informar, e impõe ao fornecedor de crédito perquirir acerca da real capacidade de endividamento do consumidor, bem como de alertá-lo do risco de contrair empréstimo de longo prazo, ou de contratar para além da quantia da qual pode dispor para pagar as parcelas, em prejuízo à própria subsistência.

E não há que falar em grande elevação dos custos da operação. Primeiro porque a análise dos riscos já é realizada pelo fornecedor¹⁶⁹, pois imposta pelo BCB. Segundo porque os custos da operação, no caso de contratos de crédito consignado, são repassados ao consumidor, através da inclusão do custo na fixação da taxa de juros praticada. Situação semelhante ocorre no contrato de seguro. O art. 765, CC, exige que os contratantes apresentem informações verdadeiras no que toca ao objeto segurado e também quanto às circunstâncias que envolvem os contratantes, a fim de que os efeitos do contrato não gerem vantagem excessiva para um deles¹⁷⁰. E o art. 766, CC, estabelece que, se o segurado apresentar informações inexatas, ou omitir circunstâncias, inclusive de caráter pessoal, que poderiam interferir na aceitação da proposta ou no cálculo do valor do prêmio, perderá a garantia. A proposta do segurado, onde são apresentadas características pessoais, portanto, integra o contrato. Em seguro de vida, a aplicação dos dois mencionados arts. ganha especial importância. Afinal, o valor do prêmio será fixado de acordo com eventual problema de saúde que venha a ser informado pelo segurado¹⁷¹. Aliás, mesmo que o segurado não tenha ciência do problema de saúde, o art. 766, p. ún., CC, permite alteração do valor do prêmio. Ou seja, aspectos particulares do contratante tanto interferem na formação do contrato, como autorizam que o contrato

análise da capacidade econômica do tomador, a fim de evitar lesão aos demais correntistas, que decorre de contratos arriscados, como também para evitar lesão aos demais credores do tomador do crédito.

¹⁶⁹ Não por outro motivo as instituições financeiras, ainda que não tenha sido solicitado pelo consumidor, dentre outras práticas: a) elevam-lhe ou diminuem o valor do limite da conta corrente ou do cartão de crédito; b) oferecem atendimento personalizado (p. ex., Itaú Uniclass, Itaú Personalité, Itaú Private Bank, Banco do Brasil Private, Bradesco Exclusive, Bradesco Prime, Bradesco Private Bank, Santander Van Gogh, Santander Select, Santander Private Banking, etc.); c) oferecem crédito pré-aprovado, que pode ser contratado em caixas automáticos (imagina-se a qualidade da informação repassada ao consumidor, nesta forma de contratar); d) oferecem linhas de investimento com melhor rendimento; e) oferecem linhas de crédito com juros mais baixos; etc.

¹⁷⁰ DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil, v. XI, t. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

¹⁷¹ Conforme anota Antônio Carlos Efig, a existência de moléstia não impede a contratação do seguro, mas influenciará no valor do prêmio (*Op. cit.*, p. 276).

seja (re)adequado. Por este motivo, exige-se que a seguradora trace um perfil do segurado, inclusive cobrando-lhe informações e exigindo exames (seguro de vida ou de saúde), caso entenda que as informações são insuficientes, ou que o consumidor está a ocultá-las.

Se por um lado o segurado perde o direito da indenização, caso oculte conscientemente uma doença preexistente¹⁷², por outro a seguradora não pode negar-se a indenizar, quando não exige exames complementares, previamente à aceitação da proposta, conforme jurisprudência remansosa do STJ¹⁷³. O importante deste entendimento do STJ é a transferência ao fornecedor do dever de informar-se sobre as condições objetivas e subjetivas do consumidor, bem como a imposição da responsabilidade de cumprir o contrato, caso não tenha tomado em conta todos os aspectos objetivos e subjetivos do contrato e do segurado.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado nas concessões de crédito, principalmente quando se trata de consumidor assalariado¹⁷⁴. Caberia ao fornecedor perquirir acerca da capacidade de endividamento, vale dizer, arguir ao consumidor sobre os valores dos quais pode dispor para o pagamento de parcelas, bem como, se for o caso, exigir documentação comprobatória das despesas fixas mensais, ou declaração neste sentido. Com estes dados, cabe ao fornecedor apurar o quanto, efetivamente, o consumidor pode pagar mensalmente, sem comprometer nenhum aspecto essencial de subsistência.

O que se percebe, entretanto, é que referida análise não é realizada. Um caso emblemático sobre a despreocupação com a análise da capacidade de endividamento é o dos contratos de crédito consignado. Quando a garantia de pagamento é o desconto em folha, principalmente em casos de aposentados e pensionistas¹⁷⁵, ao invés de fazer análise de riscos, as instituições financeiras contentam-se com a garantia legal de que o consumidor poderá comprometer até 30% de seu salário, aposentadoria ou pensão. Reforça esta omissão a jurisprudência do STJ, que se alinhou no sentido de que, se os

¹⁷² STJ, AgRg no REsp 1.100.699/SP, 3ª T., j. 19.11.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJ* 28.11.2013.

¹⁷³ EDcl no AREsp 237.692/SC, 4ª T., j. 18.06.2013, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJ* 25.06.2013.

¹⁷⁴ O que, no Brasil, representa um consumidor, em regra, com baixos rendimentos, se utilizado como parâmetro o valor do salário mínimo ideal apurado pelo DIEESE.

¹⁷⁵ Onde inexistente o risco de demissão.

descontos em folha totalizam 30% ou menos, não são passíveis de revisão¹⁷⁶, nem de suspensão unilateral por parte do consumidor¹⁷⁷. Em outras palavras, o que deveria ser uma garantia ao consumidor de manutenção do mínimo existencial, tornou-se uma garantia ao fornecedor¹⁷⁸. Independentemente da real capacidade de endividamento do consumidor, caso o fornecedor contrate respeitando o limite legal de 30%, estará garantido o cumprimento do contrato, com a porta da revisão praticamente fechada.

O mínimo existencial, que conforme o STJ deve ser preservado mesmo em contratos de crédito consignado¹⁷⁹, pressupõe a apuração do nível de endividamento do consumidor, considerando o que é gasto mensalmente para subsistência própria e da família, bem como as variações destes gastos, decorrentes das vicissitudes da vida de cada um. Esta apuração, que já é utilizada pelas instituições financeiras no momento de fazer o cálculo dos riscos, deve beneficiar ao consumidor. Afinal, as informações são sobre o consumidor, e não podem servir apenas como subsídio de mensurar riscos.

Tanto o art. 170, V, da CF, quanto o art. 6º, II e III, do CDC, impõem ao fornecedor um dever ético-econômico de educar, informar, auxiliar o consumidor a fazer a melhor escolha e que esta escolha seja livre e destinada ao atendimento do melhor interesse do consumidor. Essa linha interpretativa autoriza impor ao fornecedor a responsabilidade em arcar com o ônus temporal e econômico que se faça necessário para que o consumidor cumpra o contrato. Ou aguardando um período de suspensão dos pagamentos, ou aceitando o alongamento do número de parcelas, com minoração do valor individual de cada uma. A juridicidade da proposta, que autoriza a extração das consequências apontadas, inclusive com interferência do Poder Judiciário, quando provocado, decorre de uma reinterpretção do art. 6º, V, do CDC, em conjunto com os arts. 6º, II e III, do CDC, que reforçam a informação de consultoria, composta pelas obrigações de informar-se adequadamente sobre a capacidade de endividamento do consumidor, bem como de assessorá-lo sobre o risco a respeito dele apurado (consentimento informado) e as consequências da contratação. É preciso atentar ao

¹⁷⁶ STJ, AgRg no AResp 115.486/RS, 4ª T., j. 07.11.2013, rel. Min. Marco Buzzi, *DJ* 19.11.2013.

¹⁷⁷ STJ, AgRg no REsp 904.694/RS, 4ª T., j. 03.09.2013, rel. Min. Raul Araújo, *DJ* 08.10.2013.

¹⁷⁸ Comum encontrar anúncios oferecendo crédito sem consulta aos bancos de dados de consumidores.

¹⁷⁹ STJ, AgRg no REsp 1.167.186/RS, 3ª T., j. 18.12.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJ* 04.02.2013. No corpo do acórdão há referência ao Código Civil de França, que estabelece possibilidade de ser concedida moratória de até dois anos ao consumidor endividado, para preservar-lhe a subsistência. Entretanto, mesmo buscando fundamentação no direito alienígena, o STJ manteve os descontos em 30% dos vencimentos do devedor.

alerta de Amartya Sen¹⁸⁰, que na análise econômica, tende-se a ver o direito através de seu caráter puramente instrumental, o que é insuficiente para garantir dignidade e bem-estar, ou mesmo para cumprir a finalidade jurídica (fim social) de todo e qualquer contrato¹⁸¹.

O cumprimento da informação de consultoria deve ser, em ações de responsabilidade civil, provado pelo fornecedor. Além de prestar informações ao consumidor, referentes ao tratamento médico ou a um determinado crédito que o consumidor pretenda contratar, etc., o fornecedor deve provar em Juízo que o fez¹⁸².

4.2.3.3. Informação de alerta

A informação de alerta, ou de advertência, é uma categoria já consagrada por doutrina¹⁸³ e jurisprudência¹⁸⁴, principalmente no que toca a produtos perigosos ou nocivos à saúde do consumidor ou de terceiros (vítimas do evento, art. 17, do CDC), quando se exige a informação clara e ostensiva acerca dos riscos específicos que o consumo do produto representa¹⁸⁵ (é o caso, p. ex., da rotulagem dos produtos fumígenos derivados do tabaco e das bebidas alcoólicas¹⁸⁶) ou, ainda, no pertinente à procedência¹⁸⁷ ou origem¹⁸⁸, etc. Mas a informação de alerta não pode limitar-se às

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 87.

¹⁸¹ Neste sentido: OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SILVA, Lígia Neves. **Possibilidades de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso às posições proprietárias e ao trabalho**. Direitos Fundamentais & Justiça. Porto Alegre: PUC/RS, nº 16, p. 182-203, jul.-set. 2011.

¹⁸² A exigência da prova da obtenção do consentimento informado é comum em casos que envolvem alegação de erro médico (REsp 985.888, 4ª T., j. 16.02.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 13.03.2012). Não se vislumbra nenhum motivo para que entendimento diferente deste seja aplicado a contratos de crédito (e quaisquer outros contratos) firmados com instituições financeiras.

¹⁸³ Utilizada, dentre outros, por: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Op. cit.*, p. 121; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 96; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 128; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 200; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 72. Estes últimos Autores, inclusive, fazem referência ao REsp 586.316 (2ª T., j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19.03.2009).

¹⁸⁴ REsp 1.358.615, 4ª T., j. 02.05.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 01.07.2013.

¹⁸⁵ Eduardo Rocha Dias (**Direito dos consumidores à informação e controle jurisdicional**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 233-251, mar.-abr. 2013. p. 249) observa que, considerada a rotulagem como publicidade, a exigência de que contenha alguns alertas, representa uma menor restrição ao direito do fornecedor, pois em relação a produtos nocivos, poderia haver medida mais drástica, com vedação total à publicidade. Os rótulos, desta forma, teriam que indicar apenas o nome do produto e as advertências quanto ao uso, não podendo ter qualquer sinalização apelativa ao consumo.

¹⁸⁶ AgRg no AgI 842.865, 1ª T., j. 22.05.2012, rel. Min. Luiz Fux, DJ 18.06.2012.

¹⁸⁷ ADI 1.980, Pleno, j. 16.04.2009, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 07.08.2009.

¹⁸⁸ Na ADI 3.645 (Trib. Pleno, j. 31.05.2006, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006), O STF julgou inconstitucional lei PR que regulamentava a rotulagem de produtos transgênicos, porque mais abrangente

hipóteses do art. 9º, do CDC, ou seja, aos casos onde há oferta de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança quando então a informação deve ser ostensiva acerca da nocividade e periculosidade.

A informação de alerta é exigível também em contratos firmados com instituições financeiras, mormente nos casos onde o consumidor obrigar-se-á ao cumprimento de uma prestação diferida em iguais períodos temporais (dias, meses ou anos, a depender da modalidade do contrato), período no qual pode haver modificação da situação do consumidor, da instituição financeira (probabilidade menor) e do mercado.

A informação de alerta é aquela que, em relação aos contratos de crédito, presta-se à proteção das legítimas expectativas do consumidor. A informação de educação serve para capacitar o consumidor a realizar a escolha de forma absolutamente livre, leia-se, desvinculada das intenções comerciais do fornecedor. Já a informação de consultoria serve para, uma vez capacitado o consumidor, estabelecer um diálogo com o fornecedor na construção da solução que melhor atenda as necessidades do consumidor. Aí a importância da informação de alerta, pois quando o consumidor decide-se pela contratação, criam-se expectativas legítimas¹⁸⁹ de o contrato de crédito ser capaz de satisfazer-lhe as necessidades.

A ideia de legítima expectativa decorre do art. 12, § 1º, do CDC. Um produto ou serviço deve atender as expectativas de segurança que deles legitimamente o consumidor espera, considerado o estágio técnico e as condições econômicas da época¹⁹⁰, bem como o conhecimento técnico, a formação educacional e o nível cultural do consumidor¹⁹¹. O risco oferecido pelo produto ou serviço deve coincidir com a natureza do bem, ou seja, uma faca ou uma tesoura, p. ex., oferecem risco que é inerente (intrínseco) ao próprio objeto; a aquisição de ações apresenta risco de desvalorização. Além disso, o consumidor deve estar totalmente apto a prever o risco, de modo a que, tornando-se realidade (corte de si mesmo com a faca, por descuido, ou desvalorização

que a lei federal de mesma finalidade. Mas quanto à rotulagem em si, houve reconhecimento da obrigatoriedade, para o consumidor ter informação sobre a origem do produto que consome.

¹⁸⁹ A publicidade, por si, é capaz de gerar expectativas legítimas. Mas, quando o consumidor participa do processo de escolha e formatação da melhor solução contratual para o seu caso, a expectativa de que ocorram os efeitos contratuais esperados, e não os indesejados, acentua-se sobremaneira.

¹⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 150.

¹⁹¹ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: RT, 2012, p. 130.

das ações), não haverá surpresa.

Em relação aos contratos também há necessidade de proteção das expectativas legítimas do consumidor que toma do crédito. Neste caso, conforme aponta Bruno Miragem¹⁹², há que se proteger a confiança do consumidor, que leva em consideração tanto a projeção interna do contrato (expectativa gerada ao consumidor), quanto a regularidade das tratativas e dos termos acordados com o fornecedor¹⁹³. Ou seja, ao fornecedor cabe o adequado esclarecimento e informação do consumidor sobre conteúdo do contrato. Quanto à informação de alerta, o consumidor deve ser informado com pormenores sobre as consequências patrimoniais¹⁹⁴ e pessoais decorrentes da contratação, sobre a probabilidade de que algum risco, dentre todas as categorias apuradas, acabem ocorrendo, sobre que medidas serão tomadas pela instituição caso o risco venha a concretizar-se e quais os direitos dos consumidores¹⁹⁵. Ainda quanto a esta categoria de informação, o consumidor, em caso de contratos conexos, deve ser alertado sobre o tempo previsto para que o fornecedor do produto ou serviço que será adquirido com o crédito, cumpra sua própria obrigação, bem como, se existirem, quais são as obrigações do consumidor durante o período em que aguarda o produto ou serviço¹⁹⁶.

Enquanto a informação de educação e a informação de consultoria cumprem função de proporcionar ao consumidor uma escolha livre e racional, a informação de alerta, além de cumprir o mesmo papel, também protege o consumidor de imprevistos que poderiam surpreendê-lo. Por este motivo, é a modalidade informativa mais próxima da proteção da confiança, ou seja, proteção da crença do consumidor de que o contratado concretizar-se-á e, havendo situações que interfiram no contrato ou no cumprimento do contrato, estas terão sido previstas em conjunto com medidas de remediação, a ser implementadas.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 159.

¹⁹³ REsp 1.309.981, 4ª T., j. 24.09.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 17.12.2013.

¹⁹⁴ Também deve ser alertado sobre eventual defasagem do produto que adquire, de modo a prevenir-lhe perdas financeiras, conforme já decidiu o STJ (REsp 1.342.899, 3ª T., j. 20.08.2013, rel. Min. Sidnei Beneti. *DJ* 09.09.2013).

¹⁹⁵ Na época em que o Governo Federal, por ordem direta da Presidência, determinou aos bancos públicos a redução dos juros (concretização do risco regulatório), os bancos privados, de mote próprio, passaram a também reduzir os juros que praticavam e a contactar os consumidores para renegociar os financiamentos, oferecendo reduções em relação aos percentuais dos contratos originais, fato noticiado na imprensa (acessado em 20.02.2014, às 17:02 horas: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2012/04/saiba-aproveitar-os-juros-mais-baixos-e-troque-divida-cara-por-barata.html>).

¹⁹⁶ É o caso, p. ex., da necessidade de pagamento de *juros no pé*, ou seja, juros remuneratórios pagos antes da entrega das chaves do imóvel ao comprador, conforme já decidiu o STJ (EREsp 670.117, 2ª S., j. 13.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJ* 26.11.2012).

A proteção da confiança é indispensável no mercado de consumo. Exige-se confiança onde há ignorância, tanto quanto ao conhecimento que o fornecedor possui sobre o produto ou serviço que oferta ao mercado, como quanto a de pensamentos e intenções de pessoas íntimas com as quais se contrata. Ao mesmo tempo, a ignorância fornece terreno fértil para o ceticismo e para a desconfiança e exige cautela¹⁹⁷. No mundo moderno, da mesma forma que não se praticam todos os atos de maneira refletida, mormente aqueles incorporados à rotina, confia-se em sistemas incorporados à continuidade das atividades intrínsecas ao dia-a-dia, vale dizer, se aceita tacitamente circunstâncias que não podem ser alteradas¹⁹⁸. É o caso, p. ex., de confiar que, estando quitadas as faturas, haverá continuidade no fornecimento de água e luz, na prestação de serviços educacionais pela escola frequentada pelo consumidor e/ou seus filhos, na disponibilidade de alimentos nos supermercados e, também, na disponibilidade das instituições financeiras em fornecerem crédito. A confiança, assim, torna-se a base de comportamentos individuais e jurídicos¹⁹⁹, pois engloba expectativas de determinados deveres e comportamentos que, acredita-se, todos observarão ou, não o fazendo, advirão sanções²⁰⁰. Por este motivo, a confiança passa a ser elemento de influencia relevante no nascimento das obrigações²⁰¹.

Desta forma, quanto maior o conhecimento do consumidor acerca do contrato, menor será o índice de confiança que depositará no contratante e menor será a incerteza quanto ao próprio direito e às consequências da contratação. Proteger a confiança do consumidor é necessário em maior medida quando há ignorância acerca dos aspectos do contrato, e esta ignorância é realidade brasileira. Por outro lado, quando o consumidor é educado para o consumo, a proteção da confiança cede espaço para a proteção dos direitos decorrentes do contrato, tendo o consumidor, neste caso, ciência de seus direitos e de como exigí-los. O problema é saber a quem interessa um consumidor informado e reivindicante. Certamente, nos moldes atuais da sociedade de consumo de crédito brasileira, onde as instituições voltaram-se unicamente à busca pelo lucro, este tipo de consumidor não é buscado.

¹⁹⁷ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹⁹ MAIA, Maurilio Casas. **O princípio da proteção da confiança na relação médico-paciente**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 82, p. 267-285, abr.-jun. 2012, p. 275.

²⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 159.

²⁰¹ BAGGIO, Andreza Cristina. *Op. cit.*, p. 84.

4.2.3.4. Da contratação massificada para a particularizada

O principal efeito da informação prestada com qualidade (educação, consultoria e alerta) no que refere a contratos de crédito é o de possibilitar partir de uma regra de contratação massificada – tratamento do consumidor em estado natural – para uma contratação particularizada.

Na Europa, a partir de um conceito de consumidor informado e diligente, presume-se, mesmo em contratos de adesão, haver exata compreensão das cláusulas contratuais e dos direitos e deveres daí decorrentes²⁰². Muito se deve aos níveis educacionais atingidos naqueles países²⁰³. Os consumidores de lá, nesse aspecto, estão em nítida vantagem em relação aos consumidores de cá. Além disso, o índice de desigualdade social nos países europeus é consideravelmente menor que no Brasil²⁰⁴. Portanto, na Europa é menos necessário, nesta quadra da história, preocupar-se em estabelecer um contrato de crédito ao consumo que leve em conta as particularidades do consumidor, pois há uma maior homogeneidade de características do consumidor e, ao mesmo tempo, uma menor desigualdade de renda entre os cidadãos. Significa dizer, o consumidor europeu, em termos de educação e capacidade econômica é menos estratificado, sendo mais fácil estabelecer padrões de contratação.

O consumidor brasileiro, além de apresentar característica de maior estratificação social, possui nível educacional médio menor, ou seja, apresenta sérias dificuldades em compreender aquilo que está a contratar. No caso brasileiro, é importante o quesito informação prévia, e o contato pessoal entre o consumidor e um representante do fornecedor capaz de, em termos menos técnicos do que aqueles empregados no instrumento contratual, explicar ao consumidor de modo compreensível, o objeto contratual, quais os direitos e deveres daí decorrentes, quais as consequências

²⁰² E mesmo com esta presunção, a legislação da UE quanto ao dever de informar em contratos de crédito é muitíssimo mais protetiva que a legislação brasileira.

²⁰³ No quesito educação, o Relatório de Capital Humano do Fórum Econômico Mundial coloca o Brasil na 88ª posição (entre o 89º Butão e o 87º Suriname). Os países europeus se encontram em posições bem mais destacadas. Dentre outros, aponta-se: 1º Finlândia; 4º Suíça; 6º Bélgica; 7º Holanda; 8º Islândia; 9º Irlanda; 10º Reino Unido; 14º Suécia; 15º Noruega; 18º Dinamarca; 22º França; 25º Áustria; 31º Espanha; 37º Portugal; 40º Itália e 47º Grécia. Relatório acessado em 21.02.2014, às 14:23 horas: http://www3.weforum.org/docs/WEF_HumanCapitalReport_2013.pdf.

²⁰⁴ Conforme já referido índice GINI, quanto mais próximo o resultado chega de 100, maior é o nível de desigualdade social. O Brasil possui 54,7 de índice. Os países da Europa estão bastante abaixo: Alemanha 28,3, Bélgica 33,0, Dinamarca 24,7, Espanha 34,7, Finlândia 26,9, França 32,7, Grécia 34,3, Holanda 36,0, Irlanda 34,3, Itália 36,0, Noruega 25,8, Portugal 38,5, Reino Unido 36,0, Suécia 25,0 e Suíça 33,7.

do inadimplemento, como o fornecedor cumprirá a obrigação contratual e de quais formas o consumidor pode fazer valer seu direito, caso o verifique violado. As características socioeconômicas do cidadão brasileiro não autorizam, ainda, aceitar a prática da contratação massificada e impessoal²⁰⁵, principalmente em contratos de crédito que resultam em comprometimento de parcela mensal dos rendimentos do consumidor durante longos períodos²⁰⁶, dentro dos quais uma série de acontecimentos pode desviar o consumidor da rota traçada por si, para sua própria vida.

Se a intenção é proporcionar ao consumidor a possibilidade de contratar com liberdade e se a liberdade significa saber o que se está a fazer, querer fazer aquilo que se está a fazer, compreendendo as razões do querer e de como fazer, a informação deve ser particularizada. Cabe ao fornecedor perquirir sobre as necessidades do consumidor, sobre como pretende supri-las a partir da contratação do crédito e, mais ainda, auxiliá-lo no encontro da solução mais adequada, ainda que não seja aquela a princípio imaginada, nem seja aquela mais vantajosa ao fornecedor. Se, por um lado, em um primeiro contrato o fornecedor pode obter lucro menor do que obteria contratasse na forma desejada pelo consumidor, por outro, o bom atendimento fidelizará o consumidor. Ademais disso, contratar sem a devida prestação e troca de informações significa risco de inadimplemento ao fornecedor.

No Brasil²⁰⁷ é preciso trilhar um caminho diferente do trilhado no Velho Continente. Antes de pura e simplesmente importar modelos de contratação em massa, é necessário educar o consumidor, uma responsabilidade conjunta do estado, dos fornecedores e do próprio consumidor (educar-se, conforme apontado, demanda investimento de tempo, vontade e disciplina), mas que recai, em contratos de crédito, com maior peso sobre os fornecedores. É necessário romper a lógica da concentração de poder (no caso, o informacional) que mantém o consumidor na ignorância, pois se trata de um método por demais arriscado para o sistema como um todo. Enquanto o consumidor é mantido na ignorância, mas cumpre os deveres contratuais, o sistema sustenta-se. Por outro lado, quando o consumidor não consegue honrar suas obrigações,

²⁰⁵ No Brasil toma-se crédito em caixas eletrônicos, sem participação de empregados ou funcionários da instituição financeira, e sem oportunizar ao consumidor acesso prévio ao contrato, para poder ser comparado com outros, do mesmo e de fornecedores concorrentes.

²⁰⁶ Muito embora existam contratos de crédito com previsão de pagamento curta, de seis meses, p. ex., financiamentos de bens de consumo duráveis como automóveis e imóveis podem perdurar por períodos variáveis entre três a vinte e cinco anos.

²⁰⁷ Onde as promessas da modernidade nunca se concretizaram para a maioria da população.

a tendência do sistema é a ruína. Se a crise de 2008 deixou um recado claro, foi o de que sistema financeiro e estado andam de mãos dadas prestando mútuo socorro, quando um necessita do outro, mas nenhum sobrevive sem o consumidor (e sem o consumo²⁰⁸), relegado a segundo plano, mas sistematicamente explorado, ora para salvar o estado, ora para salvar as corporações financeiras.

Na etapa pré-contratual os contratantes se caracterizam por sua imaturidade quanto à contratação que pretendem celebrar, ou seja, ambas ainda carecem de mútuas informações para obter fundamentos cognoscitivos relevantes, a lhes permitir realizar juízo de valor sobre a conveniência em celebrar o contrato²⁰⁹. Neste aspecto, o consumidor se encontra em nítida desvantagem, pois em regra, não possui informações sobre o fornecedor, ou seja, sobre o *modus operandi* da instituição financeira e nem sobre o objeto do contrato. Já o fornecedor domina o objeto do contrato e ainda impõe seu *modus operandi* ao consumidor, quanto a forma, cumprimento e prazos atinentes ao contrato. Ao fornecedor faltam poucas informações sobre o consumidor, pois muitas delas são obtidas em cadastros e bancos de dados de consumidores. Já ao consumidor, consideradas as características do consumidor brasileiro, faltam todas as informações. Ignorância a ser suprida pelo fornecedor.

No Brasil ainda é preciso, pois, particularizar a contratação. Não no sentido de abrir mão do uso dos contratos de adesão, algo capaz de paralisar o mercado. Mas sim para dar especial atenção ao consumidor, formando-o como cidadão para, no futuro ser capaz de, por si só, tomar contato com um instrumento previamente redigido, lê-lo e compreendê-lo, ficando reservado o atendimento pessoal para sanar dúvidas. É um caminho a trilhar, e do qual, levando a CF e o CDC a sério, não há permissão para desvios.

4.3. Preservação dos Contratos

Quanto ocorre a contratação do crédito e há cumprimento exato da avença

²⁰⁸ Adotando aqui lição de Antônio Carlos Efig (Direito do consumo e direito do consumidor. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba: Bonijuris, nº 1, p. 103-120, mar., 2001, p. 107), o direito do consumo abarca todas as pessoas que se encontram à mercê da organização econômica da sociedade, razão pela qual merecem especial proteção.

²⁰⁹ MONSALVE-CABALLERO, Vladimir. **Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea.** Universitas, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, nº 117, p. 115-152, jul.-dez. 2008, p. 126.

pelos contratantes, extingue-se a relação e, em tese, os envolvidos obtêm aquilo que desejaram, quando firmaram contrato.

Por outro lado, uma série de problemas surge quando há o inadimplemento. Não só para o fornecedor do crédito, mas também ao consumidor, que não consegue realizar o que pretendia quando contratou, e ainda, se vê responsabilizado por uma série de consequências decorrentes do descumprimento contratual. Por este motivo, o direito, não só no Brasil, tem dado especial atenção para a regra da preservação dos contratos. Ao invés de simplesmente resolver ou rescindir o contrato, com aplicação de sanções previstas no instrumento e/ou na legislação – o que potencialmente gera engessamento do sistema de consumo – caminha-se no sentido de recuperar a avença, readequando-a às novas situações enfrentadas pelos contratantes, de modo a preservar a possibilidade de ambos, ao final, obterem aquilo que pretendiam, quando contrataram.

Verificou-se que a vontade livre é aquela manifestada sem interferência de condicionantes negativas ou, ao menos, com minimização da força destas. Em contratos de crédito, com pagamento prolongado no tempo, uma série de intempéries de ordem geral, regional, local ou mesmo particular, pode modificar a situação de fato que havia, anteriormente congelada pela avença. Nestes casos, não mais se busca a pura e simples rescisão do contrato, mas sua recuperação, justificado pela imposição do dever de cooperação do fornecedor²¹⁰, bem como pelo dever de o fornecedor em atender não só aos próprios interesses, mas também e primordialmente, ser um meio para a consecução dos objetivos traçados na CF, para todos os brasileiros.

Desta forma, verifica-se que, dentre as teorias revisionistas dos contratos, paulatinamente aquelas tendentes a rescindi-los e resolver a questão em indenizações, tem perdido espaço para aquelas que buscam manter o vínculo contratual ativo.

4.3.1. Teoria da imprevisão e a mitigação de seus requisitos

A teoria da imprevisão encontrou positividade no art. 1.134, do Código Civil Francês de 1.804²¹¹. Conforme relata Nelson Borges²¹², a aplicação da teoria da

²¹⁰ Sobre o tema: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011. ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹¹ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92. Constava no art. 1.134: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que*

imprevisão ocorreu, pela primeira vez em julgamento proferido pelo Tribunal de Comércio de Rouen, em 28.08.1843. Depois, passaram-se mais de trinta anos para novamente ser aplicada a regra, em 1876, pelo Tribunal de Aix. Daí, mais trinta e nove anos até 01.06.1915, quando o Tribunal de Toulouse aplicou a teoria da imprevisão para extinguir um contrato de execução periódica. Em 21.01.1918²¹³ foi editada a *Lei Failliot*, ou *Lei da Guerra*, que autorizava a resolução, por qualquer das partes, dos contratos concluídos antes de 01.08.1914²¹⁴.

Conforme Orlando Gomes²¹⁵, ainda que em situação extraordinária para justificar as exceções que a equidade impõe ao princípio da intangibilidade do conteúdo contratual, a doutrina da época socorreu-se da cláusula *rebus sic stantibus* para, em seguida, construir a teoria da imprevisão. A teoria era aplicada no Direito Romano a contratos de execução diferida. Para que ditos contratos mantivessem sua força obrigatória, não podia ser modificado o estado de fato existente no momento de sua formação. A regra foi alterada quando da formação da então *novel* teoria, passando-se a exigir que a mudança das circunstâncias de fato, fosse imprevisível. A imprevisibilidade tornou-se condição indispensável para a modificação do conteúdo do contrato²¹⁶.

Não havia, no CC/1916, regra prevendo a teoria da imprevisão. Entretanto, a jurisprudência a aplicava²¹⁷ a partir do preenchimento de quatro requisitos, conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira²¹⁸: a) vigência de um contrato de execução diferida

les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. (Os acordos concluídos legalmente tornam-se lei para os que os fizeram. Eles só podem ser revogados por mútuo consentimento ou por causas que a lei permite. Eles devem ser realizados de boa-fé).

²¹² *Ibid.*, p. 113-124.

²¹³ Antônio Carlos Efig. *Op. cit.*, p. 371.

²¹⁴ Os dois principais artigos da *Lei da Guerra*: Art. 1º No período de duração da guerra até a expiração de um prazo de três meses, a partir da cessação das hostilidades, as disposições excepcionais seguintes serão aplicadas aos contratos e a todos os compromissos e obrigações que tenham caráter mercantil para as partes ou unicamente para uma delas, para todos os contratos concluídos antes de 1º de agosto de 1914, e que determinavam seja a entrega de mercadorias ou de bens, ou de serviços, seja de quaisquer prestações sucessivas ou unicamente diferenciadas. Art. 2º Independentemente das causas de resolução resultante de direito comum ou das convenções, as mercadorias ou obrigações que estejam compreendidas no artigo precedente podem ser rescindidas pela ação de qualquer das partes, seja porque se estabeleceu uma razão de estado de guerra, seja porque a execução da obrigação por um dos contratantes está tão onerada que lhe causará um prejuízo cuja importância ultrapassará, em muito, as previsões que poderiam ser razoavelmente feitas à época do contrato. (Nelson Borges. *Op. cit.*, p. 121)

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 40.

²¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. III.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 100.

²¹⁷ REsp 5.723, 3ª T., j. 25.06.1991, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.08.1991.

²¹⁸ *Op. cit.*, p. 100.

ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo da celebração, ou seja, o fato imprevisível deve ocorrer fora da álea normal do contrato; c) onerosidade excessiva²¹⁹ para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; e d) imprevisibilidade²²⁰ daquela modificação²²¹. Além destes requisitos, Nelson Borges²²² anota que se exige: a) ausência de estado moratório; e b) inimputabilidade, ou seja, o devedor não pode ter agido com culpa, no que toca ao fato superveniente, imprevisível e causador de onerosidade excessiva.

Atualmente, a teoria da imprevisão se encontra positivada no art. 478, do CC, sendo que os requisitos de outrora continuam presentes, sendo listados por Antônio Carlos Efigênia²²³, à luz do art. 478, do CC: a) deve haver um contrato comutativo (não aleatório) e de execução continuada ou de execução diferida; b) deve ocorrer um fato superveniente e imprevisível, isto é, o fato deve ocorrer depois da formação do contrato e antes de seu término (durante a vigência e cumprimento do contrato pelo devedor da prestação ou prestações, p. ex.); e c) o fato deve acarretar alteração radical das condições da execução do contrato tornando a prestação excessivamente onerosa ao devedor e gerando extrema vantagem ao credor.

Enquanto a teoria da imprevisão não esteve positivada, houve um engessamento no que toca à adequação da própria teoria à nova realidade contratual. Por outro lado, quando passou a constar na lei, por contraditório que pareça, a teoria passou a ser explorada de forma a amoldá-la aos novos contratos e às novas situações contratuais. Tanto que o enunciado 175, editado na III Jornada de Direito Civil do CJF, estabelece que a imprevisibilidade e a extraordinariedade previstas no art. 478, do CC, devem ser interpretadas não somente em relação ao fato gerador do desequilíbrio, mas também em relação às consequências dali decorrentes. Ainda sobre o fato gerador do

²¹⁹ Orlando Gomes (*Op. cit.*, p. 41) dá notícia de que alguns autores chegaram a sugerir o uso da categoria *impossibilidade econômica*, que foi descartada em virtude da semelhança com a força maior.

²²⁰ Verifica-se, na jurisprudência histórica do STF, que a exigência da imprevisibilidade era rígida, sendo vários os acórdãos onde se negou a aplicação da teoria porque os fatos eram previsíveis: a) REExt 55.425, 1ª T., j. 21.09.1965, rel. Min. Luiz Gallotti, *DJ* 01.12.1965; b) REExt 58.487, 3ª T., j. 03.12.1965, rel. Min. Hermes Lima, *DJ* 09.03.1966; c) REExt 64.152, Trib. Pleno, j. 22.04.1971, rel. Min. Adalício Nogueira, *DJ* 21.05.1971; d) REExt 74.069, 1ª T., j. 09.10.1973, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJ* 23.11.1973; e e) Ag.I. 73.893, 1ª T., j. 31.10.1978, rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* 11.12.1978.

²²¹ Sobre os requisitos da teoria da imprevisão, já se manifestou o STF no REExt 71.433, 1ª T., j. 15.06.1973, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJ* 28.09.1973.

²²² *Op. cit.*, p. 298.

²²³ *Op. cit.*, p. 179.

desequilíbrio, o enunciado 366, da IV Jornada de Direito Civil do CJF, estabelece que o fato extraordinário é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos da contratação.

O enunciado 175 parece tentar restringir o âmbito de aplicação da teoria da imprevisibilidade, e o enunciado 366, ao menos no que toca aos contratos de crédito, vai em sentido contrário. Se os riscos da contratação são previstos no momento da formação do preço do contrato, e se o consumidor participa da análise dos riscos, bem como age no sentido de minorá-los (informação de consultoria), fica fácil estabelecer, inclusive como cláusula posta no contrato, se for o caso, quais riscos estão previstos, cabendo aplicar a teoria da imprevisão em relação àqueles que não constassem em contrato. Entretanto, certamente se trata de uma posição que não interessaria às instituições financeiras, na medida em que exigiria um minucioso exame dos riscos, a fim de fazê-los constar no instrumento e evitar eventual demanda do devedor, fundada na teoria da imprevisão, afinal, todos os fatos previsíveis deveriam sê-lo. Já ao devedor, haveria dupla vantagem, pois a instituição financeira seria obrigada a levar a sério o dever de informar e, havendo evento superveniente que gerasse onerosidade ao devedor, seria fácil identificar tratar-se de fato imprevisível.

Lidar com o conceito de imprevisibilidade, hoje, é muitíssimo mais complicado do que fora outrora. Conforme apontam André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce²²⁴, vive-se em uma sociedade onde há uma dialética entre o global e o local, isto é, onde as localidades são influenciadas por mecanismos de ordem global, principalmente os de caráter econômico, e a ordem global sofre interferências produzidas a partir de determinado local (ou locais)²²⁵. É possível prever alterações de mercado em outros países, e quais terão por consequência afetar aquele específico contrato de crédito? Ou, neste caso, seria impositiva a renegociação do contrato nos moldes dos arts. 479 e 480, do CC, ao invés de ser resolvido? Fixar limites de análise da imprevisibilidade é indispensável, pois exigir que a instituição financeira faça previsões inclusive levando em conta a situação dos mercados externos poderá, em casos de

²²⁴ **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.

²²⁵ A crise financeira de 2008 é o exemplo mais recente (houve outras, permanecendo na história recente, possível citar a crise do México em 1994, e a dos Tigres Asiáticos em 1997). Tendo ocorrido originariamente nos Estados Unidos da América, rapidamente se espalhou pelo resto do mundo, produzindo efeitos nefastos nas finanças globais e em espaços localizados, mormente Grécia e Portugal.

contratos menores, inviabilizar por completo a contratação, em virtude do custo operacional.

Há, ainda, sobre a teoria da imprevisão a questão de saber se a parte lesada tem o direito de pleitear a revisão do contrato, ou deve limitar-se à busca pela resolução, conforme pode fazer crer uma leitura singular do art. 478, do CC. Caio Mário da Silva Pereira²²⁶ dá notícia de que no Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, o art. 322 previa a possibilidade de, havendo onerosidade, a parte prejudicada pleitear a modificação da obrigação, ou prorrogando o termo, ou reduzindo a importância devida. Sobre a proposta, o Autor afirmava que era uma solução mais branda para as partes, mas ao mesmo tempo, mais violenta à tradicional doutrina do contrato, pois consagrava intervenção mais aberta, com alteração judicial de prestações ajustadas pelas partes.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira²²⁷ aponta que o art. 1.467, do Código Civil italiano de 1942 concedia ao prejudicado a ação resolutória, mas deixava aberta ao credor a oportunidade de evitar a resolução oferecendo ao devedor a modificação equitativa das condições contratuais, conciliando a intervenção judicial (para a resolução), com a autonomia da vontade (oferta de renegociação pelo credor, já no *iter* processual). Previsão semelhante constava no Código Civil da Polônia²²⁸.

Ainda sobre o direito italiano, Antônio Carlos Efig²²⁹ aponta que houve flexibilização dos critérios rígidos exigidos pela teoria da imprevisão, no que toca à caracterização da imprevisibilidade e extraordinariedade, o que originou uma nova teoria (derivada da teoria da imprevisão) a que se denomina teoria da onerosidade excessiva.

Na Argentina, o art. 1.198, do Código Civil²³⁰ autoriza a resolução do

²²⁶ *Op. cit.*, p. 101.

²²⁷ *Ibid.*, p. 101.

²²⁸ Conforme Ruy Rosado de Aguiar Jr. (*Op. cit.*, p. 863), o art. 269 dispunha que, se um evento excepcional, como guerra, epidemia, perda de colheita ou outro cataclismo natural, imprevisível no momento da contratação, tornasse o cumprimento da prestação excessivamente difícil ou ameaçasse um dos contratantes com perdas exorbitantes, o tribunal poderia, se entendesse necessário e segundo os princípios da boa-fé, depois de levar em consideração os interesses das partes, fixar o modo de execução, o montante da prestação ou resolver o contrato.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 378

²³⁰ Art. 1.198. *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se*

contrato se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, em virtude de fatos extraordinários e imprevisíveis, ou por causas estranhas ao risco do próprio contrato²³¹. Ante a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade, tornou-se comum, na Argentina, a inclusão no contrato de cláusula que vedava o uso da teoria da imprevisão, prática que acabou, ao menos em relações de consumo, rechaçada pelo Tribunal Constitucional Argentino²³².

No Brasil, a leitura do art. 479, do CC leva a concluir que o legislador do CC de 2002 adotou a solução do CC italiano, de 1942, muito embora houvesse proposta legislativa mais avançada (o Anteprojeto do Código das Obrigações), o que representou um retrocesso, que precisou ser corrigido pela doutrina.

Em que pese haver menção expressa à resolução no art. 480, do CC, o art. 317, do CC, estabelece a possibilidade de que se pleiteie a correção do valor da prestação quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o montante da execução²³³. Ademais disso, o já mencionado art. 479, do CC, ao estabelecer que o credor pode conceder ao devedor a readequação do contrato para evitar a resolução, merece ser interpretado como uma regra que confere ao devedor o direito subjetivo de, em Juízo, ao menos apresentar um pedido em ordem sucessiva que dependerá do consentimento do credor (réu) para ser acolhido.

4.3.2. Teoria da quebra da base do negócio jurídico

Na Alemanha, conforme Caio Mário da Silva Pereira²³⁴, Karl Larenz desenvolveu teoria que denominou quebra da base do negócio jurídico. Ruy Rosado de

produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

²³¹ AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 858.

²³² *Emergencia económica. Teoría de la imprevisión. Abuso del derecho. La cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión es inoponible, por tratarse de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad.* (Tribunal Constitucional, RHE 320, T. 330, p. 855, j. 15.03.2007, voto Min. Ricardo Luis Lorenzetti y Min. E. Raúl Zaffaroni).

²³³ Antônio Carlos Efiging (*Op. cit.*, p. 182) indica, ainda, que os enunciados 176, da III Jornada de Direito Civil do CNJ e 367, da IV Jornada, sinalizam no sentido da possibilidade de revisão contratual, e não resolução obrigatória.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 100.

Aguiar²³⁵ explica que os tribunais já a aplicavam de longa data, e a reforma do BGB, aprovada em 01.01.2002, inseriu-a na legislação. A reforma, segundo o Autor, possui como um de seus pontos fundamentais, a preferência pela adaptação do contrato a novas circunstâncias para, somente em casos de impossibilidade de cumprimento da avença, resolvê-lo. Desperta atenção a preocupação com a cooperação no cumprimento dos contratos e a ênfase quanto a repartição dos prejuízos decorrentes da alteração da base negocial. O § 323, do BGB estabelece que, se o devedor não conseguir cumprir a obrigação no prazo estabelecido, pode o credor conceder-lhe um período adicional e, só ao final deste, caso a obrigação ainda não tenha sido cumprida, resolver unilateralmente o contrato. E o § 313, do BGB estabelece que, havendo alteração das circunstâncias que formaram a base do contrato, é possível sua adequação à nova realidade, sendo a rescisão reservada aos casos onde a prestação se torna impossível, ou quanto à continuidade do contrato não mais interessar aos contratantes.

Em França tramita um anteprojeto, para reforma do Código Civil. Quanto à readequação dos contratos, o projeto consagra a possibilidade de, em contratos de execução sucessiva, havendo alteração das circunstâncias presentes no momento da contração, as partes renegociarem as mútuas obrigações, visando reequilíbrio da avença. O projeto busca incluir três artigos²³⁶ (com proposta de numeração sequencial ao art. 1.135) no Código Civil. O art. 1.135-1²³⁷ trata da repactuação do mesmo contrato, quando circunstâncias supervenientes gerem o desequilíbrio. O art. 1.135-2²³⁸ estabelece direito de renegociação como direito subjetivo que pode ser exigido frente o Poder Judiciário. E o art. 1.135-3²³⁹, estabelece que, na ausência de má-fé, qualquer das partes pode rescindir o contrato, sem custo ou perda.

Em Portugal, a Subsecção VII chama-se *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*. O art. 437, 1, regra que, se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar sofrerem alteração anormal, a parte

²³⁵ *Comentários ao novo código civil*, v. VI, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 852.

²³⁷ Art. 1.135-1. *In contracts whose performance takes place successively or in instalments, the parties may undertake to negotiate a modification of their contract where as a result of supervening circumstances the original balance of what the parties must do for each other is so disturbed that the contract loses its point for one of them.*

²³⁸ Art. 1.135-2. *In the absence of such an express term, a party for whom a contract loses its point may apply to the President of the 'Tribunal de Grande Instance' to order a new negotiation.*

²³⁹ Art. 1.1.35-3. *Where applicable, these negotiations should be governed by the rules provided by Chapter I of the present Title. In the absence of bad faith, the failure of the negotiations gives rise to a right in either party to terminate the contract for the future at no cost or loss.* Art. 1.1.35-3.

lesada tem o direito de buscar a resolução ou modificação do contrato, segundo um juízo de equidade e desde que: a) as alterações não estivessem previstas pelos riscos do contrato; e b) a exigência de cumprimento das obrigações, no novo panorama, afete o princípio da boa-fé. E o art. 437, 2, sobre a preservação dos contratos, regra que, havendo pedido de resolução, a parte contrária pode opor-se, aceitando modificar o contrato. O art. 438 estabelece que o direito de resolução ou modificação não socorre o contratante que se encontra em mora.

Na Espanha, segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr., não há regra expressa que trate da onerosidade excessiva, mas o Tribunal Supremo tem aplicado, em alguns casos a teoria da imprevisão²⁴⁰ e, em outros, a da quebra da base objetiva²⁴¹.

Há, de fato, tendência dos países da UE em flexibilizar as regras da teoria da imprevisão, ou adotar a teoria da quebra da base do negócio jurídico, inclusive para atendimento das diretivas da CEE²⁴², que buscam equilíbrio nas relações contratuais civis e nas relações de consumo.

Pois bem, a base de um negócio jurídico, segundo anota Antônio Carlos Efig²⁴³, citando lição de Karl Larenz, é formada pelas circunstâncias e pelo estado geral das coisas, cuja existência e/ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambas as partes, como

²⁴⁰ Tribunal Supremo, Recurso 1972/2011, Sentença 5479, Sala de lo Civil, j. 29.10.2013, Ponente D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.

²⁴¹ Tribunal Supremo, Recurso 608/2011, Sentença 4077, Sala de lo Civil, j. 22.07.2013, Ponente D. Francisco Xavier Arroyo Fiestas. E ainda: Tribunal Supremo, Recurso 155/2011, Sentença 2247, Sala de lo Civil, j. 26.04.2013, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Consta no corpo deste julgado: *Resolución que procede acordar, aplicando la doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula rebus sic stantibus, las sentencias de 14 diciembre 1940, 14 junio 1943, 30 junio 1948, 12 junio de 1956, 23 noviembre 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto 'afectando a la base del negocio. Esta se ha considerado como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio.*

²⁴² Incluídas algumas relacionadas à proteção do consumidor, tais como a Diretiva 85/577/CEE, de 20.12.1985, sobre proteção do consumidor em contratos celebrados fora do estabelecimento; Diretiva 87/102/CEE, de 22.12.1986 (alterada pela Diretiva 98/7CE, de 16.02.1998) sobre crédito ao consumo; Diretiva 90/314/CEE, de 13.06.1990, sobre viagens e excursões; Diretiva 93/13/CEE, de 05.04.1993, sobre cláusulas abusivas nos contratos de consumo; Diretiva 94/47/CE, de 26.10.1994, sobre proteção dos adquirentes do direito do uso da propriedade; Diretiva 97/7/CE, de 20.05.1997, sobre proteção de consumidores em matéria de contratos à distância; Diretiva 99/44/CE, de 25.05.1999, sobre certos aspectos da venda e garantia de bens de consumo; e Diretiva 2000/35/CE, de 29.06.2000, sobre a luta contra atrasos de pagamento em transações comerciais.

²⁴³ *Op. cit.*, p. 376.

regulação dotada de sentido. Em tese, ao celebrar uma avença, os contratantes partem de uma mesma base objetiva do estado de coisas²⁴⁴. Assim, quando há modificação nas circunstâncias consideradas pelas partes no momento da ponderação de seus interesses e distribuição dos riscos e a avença perde seu sentido originário, implicando, ainda, consequências diferentes daquelas planejadas, torna-se possível a revisão contratual²⁴⁵. Juan Carlos Venini²⁴⁶ aponta que se considera ocorrida a quebra da base do negócio quando: a) ambos contratantes tenham celebrado o contrato precisamente em atenção a determinadas circunstâncias cuja aparição ou persistência era esperada; e b) a subsistência destas circunstâncias é necessária objetivamente para o contrato poder existir como regulação dotada de sentido²⁴⁷.

A teoria da quebra do negócio jurídico foi adotada na Alemanha, se encontrando no § 313, do BGB²⁴⁸ que exige como requisitos para sua aplicação: a) uma modificação de alguma circunstância integrante do conteúdo do negócio; b) inexistência de previsão expressa no contrato acerca da distribuição dos riscos e que não seja possível a determinação por meio da interpretação integradora do contrato ou da aplicação das normas contratuais típicas; c) deve ocorrer perturbação do equilíbrio das prestações, ou seja, a onerosidade pode vir a tornar o contrato inexigível; e d) o fato a dar causa à quebra da base negocial deve ser imprevisível para uma pessoa razoável que tenha utilizado, na contratação, os meios exigíveis de cálculo dos riscos. Especificamente sobre a imprevisibilidade, esta não se refere aos fatos, mas sim à

²⁴⁴ Antonio Rocha Alvira (**Lecciones sobre derecho civil – obligaciones**. Bogotá: Editorial Universidade del Rosário, 2009, p. 191) enumera algumas circunstâncias que são levadas em conta pelas partes: igualdade de valor de prestação e contraprestação (equivalência), permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão de mercadorias, etc.

²⁴⁵ *Op. cit.*, p. 376.

²⁴⁶ **Responsabilidad por daños contractual y extracontractual**. Santa Fé: Editorial Juris, 1992, p. 24.

²⁴⁷ Rosa Adela Leonseguí Guillot (**El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias**. Revista de Derecho UNED, Madrid: UNED, nº 10, p. 315-345, 2012, p. 328), anota que a expectativa ou representação mental dos fins do contrato esperados pelas partes integram a base subjetiva do contrato. A base objetiva é integrada pelo conjunto de circunstâncias e estado geral de coisas cuja manutenção é necessária para que o contrato possa seguir *sendo ele mesmo*, cumprido sem alterações.

²⁴⁸ Dispõe: § 313. 1. Se circunstâncias, tornadas base do contrato, alteram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal dos riscos. 2. Da mesma forma de uma alteração das circunstâncias se regula quando representações essenciais, tornadas base do contrato, se demonstram falsas. 3. Se não é possível a revisão ou se ela não for exigível de uma das partes, então pode a parte prejudicada resolver o contrato. No lugar do direito de resolução dá-se o direito à denúncia, nos casos de relações duradouras.

consequência destes²⁴⁹, isto é, o que deve ser imprevisível é o desequilíbrio contratual, decorrente de algum fato ocorrido durante o período de cumprimento da avença²⁵⁰.

Havendo quebra da base objetiva da avença, em gravidade tal que não se justifique a contraprestação²⁵¹, autoriza-se, alternativamente às partes renegociarem o contrato, ou caso a prestação seja impossível, o resolvam.

4.3.3. Onerosidade excessiva e ampliação da álea do fato superveniente

O art. 6º, V, do CDC, garante a possibilidade de adequação do contrato em dois casos: a) modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; e b) revisão de cláusulas do contrato, em razão de fato superveniente que as tornem excessivamente onerosas ao consumidor.

Claudia Lima Marques alerta para a necessidade de o fornecedor (parceiro contratual mais forte), apresentar conduta de cooperação, de forma a evitar a ruína do consumidor²⁵². Assim, havendo fato superveniente que torne excessivamente oneroso ao consumidor cumprir o contrato na forma contratada, cabe ao fornecedor cooperar para adequar o contrato à nova realidade, sempre com vistas à preservação do contrato, na forma do art. 51, § 2º, do CDC. Para tanto, insta definir *fato superveniente e onerosidade excessiva*.

O fato superveniente não carece ser imprevisível, nem extraordinário, tendo o CDC rejeitado a teoria da imprevisão. Exige-se que o fato ocorra durante o período de cumprimento do contrato. Depois da contratação²⁵³ e antes da extinção da relação contratual. Por isto mesmo, só pode ocorrer em contratos que prevejam prestações continuadas ou, em rara hipótese em contratos de consumo, em contrato com previsão de cumprimento em um único ato (pagamento em uma só parcela, por exemplo), desde que o fato ocorra depois de firmado o contrato, e antes de cumprida a obrigação contratada, quando houver interesse dos contratantes no cumprimento do avençado. Fixado o momento de manifestação do fato superveniente, necessário estabelecer a

²⁴⁹ CHAMIE, José Felix. **Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato**. Revista de Derecho Privado, Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, n° 14, p. 113-138, jan.-jun. 2008, p. 128.

²⁵⁰ *Op. cit.*, p. 377.

²⁵¹ ZANETTI, Andrea Cristina. *Op. cit.*, p. 278.

²⁵² *Op. cit.*, p. 1.180.

²⁵³ NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 656.

natureza do fato jurídico gerador da excessiva onerosidade.

Sergio Cavalieri Filho sustenta que o fato superveniente só tem lugar em caso de álea extraordinária, ou seja, fatos de caráter excepcional e geral. Segundo o Autor, seriam alterações conjunturais que criam obstáculos ao cumprimento do contrato, ou prejudiquem toda uma categoria de devedores²⁵⁴. Atesta, ainda, só ser possível a revisão se, ao mesmo tempo, houver prejuízo excessivo a um dos contratantes e vantagem exagerada para outro. Ademais, afirma não haver espaço para revisão se o fato superveniente apresenta repercussão pessoal. Exemplifica com perda de emprego e doença²⁵⁵. A posição do Autor retrata posição de parte de doutrina e jurisprudência²⁵⁶ e assemelha-se com a teoria da imprevisão, apesar de o Autor afirmar que o art. 6º, V, do CDC não faz referência à imprevisibilidade²⁵⁷.

O art. 6º, V, do CDC, não exige vantagem do fornecedor, mas a onerosidade excessiva ao consumidor. Rever o contrato é, à luz do CDC, um direito básico e unilateral do consumidor. Não abarca o fornecedor²⁵⁸. Ao exigir, para aplicação do dispositivo, a presença de excessiva vantagem do fornecedor, há atribuição de um direito ao fornecedor (manter o contrato quando não têm vantagem exagerada, ainda que ocorra onerosidade excessiva ao consumidor). Direito não conferido pelo CDC.

4.3.3.1. Preservar o mínimo existencial

Para a população que possui baixos salários (maioria no Brasil), o acesso ao crédito é garantido como direito. Assim, a relação contratual de crédito, ou o período em que os contratantes permanecerão ligados pela avença, não pode tornar-se fonte de

²⁵⁴ Foi o caso, por exemplo, dos contratos de arrendamento mercantil que continham previsão de reajuste das parcelas segundo variação cambial do dólar americano. Quando a moeda norte americana teve alta, decorrente de mudanças da política econômica (bandas para câmbio flutuante), o valor das parcelas ficou excessivamente majorado. O STJ decidiu, reiteradamente, que o prejuízo deveria ser suportado por ambos contratantes. Por todos, com extensa referência aos aspectos materiais e processuais do entendimento do SJT, vide: REsp 609.323/PR, 4ª T., j. 18.12.2012, rel. Raul Araújo, DJ 07.02.2013.

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 125.

²⁵⁶ EDcl nos EDcl no Resp 821.008, 1ª T., j. 21.06.2007, rel. Min. José Delgado, DJ 02.08.2007. No mesmo sentido: REsp 1.034.702, 4ª T., j. 15.04.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 05.05.2008.

²⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 123.

²⁵⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; ROSCOE BESSA, Leonardo. *Op. cit.*, p. 73.

tormento e nem acentuar o empobrecimento do consumidor. Com Teresa Negreiros, afirma-se que a caracterização do bem contratado como essencial, útil ou supérfluo, deve ser considerada como fator determinante da disciplina contratual, influenciando sobre a forma de conciliar os novos princípios contratuais e a proteção da liberdade contratual²⁵⁹, leia-se da livre manifestação de vontade.

A CF protege o salário. Estabelece, no art. 6º, IV, que o salário mínimo deve atender as necessidades vitais básicas da família²⁶⁰, consideradas: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. A proteção ao salário se deve à necessidade familiar de renda suficiente para subsistir, em constitucional reconhecimento de ser, o valor do salário mínimo, a menor quantidade monetária necessária para suprir tais necessidades²⁶¹. Visto por outro ângulo, qualquer valor inferior pago ao trabalhador, aposentado ou pensionista, trará dificuldades de subsistência. Se o atual valor do salário mínimo é insuficiente para cumprir seu escopo constitucional, imagine-se quando precisam ser pagas parcelas de contrato de crédito.

Mesmo cumprido o dever de informar por parte do fornecedor, educando, assessorando e alertando, é possível, em contratos mais longos, surgirem situações previsíveis, mas inesperadas, fontes de dificuldades ao consumidor, quanto ao adimplemento da avença. Imagine-se uma demissão sem justa causa²⁶², ou doença na família a exigir despesas extras. Apesar de serem previsíveis, são fatos supervenientes, mas integram o cálculo do risco, sendo parte do preço. Nenhum consumidor contrataria com boa-fé se tivesse ciência de que em poucos meses veria rescindido o contrato de trabalho, ou que teria despesas consideráveis com o tratamento de saúde de um familiar ou, sendo profissional liberal, sofreria acidente/doença capaz de lhe impedir de trabalhar durante certo período.

²⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.

²⁶⁰ O cálculo considera uma família de dois adultos e duas crianças e/ou adolescentes sem idade para trabalhar. O menor aprendiz tem idade entre quatorze e dezesseis anos (art. 403, da CLT).

²⁶¹ Sobre a proteção da família frente o risco de superendividamento: LIMA, Clarissa Costa de; MIRAGEM, Bruno. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 90, p. 91-115, nov.-dez. 20013.

²⁶² O Brasil é signatário da Convenção 158, da OIT, tendo-a aprovado através do Decreto Legislativo 68, de 17.09.1992, com sua eficácia iniciando em 10.04.1996, através do Decreto 1.855. Em virtude de uma denúncia do tratado, em 20.12.1996 foi promulgado o Decreto 2.100, que estabeleceu que a Convenção 158, da OIT, não vigoraria a partir de 20.11.1997. A Convenção 158 restringe as hipóteses de rescisão de contrato de trabalho sem justa causa (art. 4), tendo sido adotada por boa parte dos países europeus. Lá, o consumidor pode prever com exatidão como as parcelas contratuais interferirão no orçamento familiar, inclusive em longo prazo, pois há certeza de que continuará a haver um orçamento.

Não se está propugnando a redução do valor devido e o inadimplemento, mas a adequação dos pagamentos, com redução do valor da prestação e aumento do número de parcelas a pagar²⁶³, mantida a base de encargos.

Como anota Paolo Grossi²⁶⁴, enquanto o *direito da globalização*, fortemente influenciado pela economia, é informal, factual e plástico, o *direito do estado* continua lento, distraído e vulgarmente dócil aos desejos políticos e econômicos, e entende que é capaz de abarcar o fato social por inteiro. É preciso que o *direito do estado* acompanhe o *direito da globalização*, regulando a autonomia privada mesmo durante o cumprimento da avença, de modo a que o consumidor prejudicado por circunstâncias sobre as quais não tem qualquer controle, possa cumprir a avença sem prejuízo do fornecedor, obtendo para si o bem ou direito que pretendia obter quando contratou. Há necessidade de readequação contratual, para o contrato (instituto jurídico com um papel normativo-constitucional a desempenhar) não ser utilizado através de justificativas econômico-quantitativas, de forma subserviente à economia de mercado²⁶⁵. Por detrás do contrato de consumo, ao menos em um dos polos, existem pessoas carecedoras de proteção para não serem espoliadas com razões unicamente econômicas a justificar a aplicação do direito.

Por esta razão, sustenta-se que a não vinculação do contrato a eventos extraordinários de caráter excepcional e geral. Se o evento é extraordinário, significa que estará fora da regra da previsibilidade ou, em outras palavras, aproximar-se-á da imprevisibilidade. A exigência é que o fato seja tão só superveniente e gerador de onerosidade. O art. 6º, V, do CDC não lhe atribui nenhum outro adjetivo. Portanto, ainda que o fato seja ordinário e previsível, cabe revisão.

Também não se sustenta a hipótese de os fatos que têm repercussão pessoal ou individual não poderem fundamentar pedido de revisão de contrato. Principalmente em contratos de crédito, onde a condição pessoal do consumidor (patrimônio, vencimentos, despesas mensais, etc.) é intrínseca à formação do contrato e integrou o

²⁶³ Recuperar o consumidor não é uma preocupação exclusiva do Brasil. Em França, o art. 1.244-1, do *Code Civil* autoriza ao magistrado dividir os pagamentos da parcela devida em até dois anos, em virtude das necessidades do devedor e tomando em conta, também, as do credor. A decisão suspende as execuções, conforme art. 1.244-3. Nas relações de consumo, o *Code de la Consommation*, no art. L-313-12, faz a mesma previsão, inclusive com expressa referência ao Código Civil.

²⁶⁴ *Op. cit.*, p. 77.

²⁶⁵ Conforme alerta Luiz Edson Fachin (*Op. cit.*, p. 165) há um arco evolutivo que migra da relação jurídica fundada na garantia do crédito, para o trânsito jurídico que dá relevo à proteção da pessoa.

cálculo do preço, vale dizer, juros remuneratórios praticados pelo fornecedor. A condição pessoal do consumidor é elemento do contrato e, alterando-se, pode justificar a alteração do contrato. Em contratos de crédito consignado, p. ex., alterações na situação empregatícia interferem no cumprimento da avença, como previsto no art. 13, do Decreto 4.840/2003, ficando determinado que as mesmas condições de pagamento, prazos e encargos sejam mantidos, exceto se houver previsão em contrário. Ou seja, pode haver modificação de condições de pagamento, de prazos e encargos em caso de rescisão do contrato de trabalho.

Principalmente em contratos cativos de longa duração²⁶⁶, é comum haver reajustes periódicos dos valores cobrados do consumidor, para que se mantenha o equilíbrio econômico, como p. ex., em planos de saúde²⁶⁷, telefonia móvel ou fixa, fornecimento de luz e de água. A majoração da prestação serve para o serviço prestado não se tornar desproporcional (oneroso ao fornecedor) em relação ao pagamento realizado pelo consumidor²⁶⁸. Por que motivo igual direito não assistiria ao consumidor, quando a prestação se torna, em virtude de fato superveniente, excessivamente onerosa? Claudia Lima Marques²⁶⁹, tratando do controle do conteúdo dos contratos, reproduz lição de Michael Becker, que sustenta que o Poder Judiciário pode, sim, rever contratos, tomando por base, entre outros critérios: a) o momento e o contexto circunstancial da conclusão do contrato; e b) a situação pessoal do parceiro contratual (situação financeira e de patrimônio).

O fato jurídico de que trata o art. 6º, V, do CDC, tanto pode ser um fato de caráter geral, como também pode ser um fato de caráter pessoal²⁷⁰. O fato de caráter pessoal, que se encontra dentro da álea ordinária, não pode ser praticado com má-fé pelo

²⁶⁶ A adoção desta terminologia, que é de Claudia Lima Marques (*Op. cit.*, p. 97), se dá em virtude da *catividade* do consumidor do crédito consignado que, ao contrário dos demais mutuários, não tem a opção de inadimplir (a não ser no caso de perda do emprego público ou privado). Não se ignora, entretanto, que a Autora utiliza a nomenclatura em referência a prestações de serviço contínua que tornam o consumidor cativo, o que incorre no caso presente, já que o crédito é entregue ao consumidor de uma vez. A *catividade* do consumidor decorre da forma de pagamento, ou seja, desconto em folha.

²⁶⁷ AgRg no AREsp 218.712/RS, 3ª T., j. 03.10.2013, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 10.10.2013.

²⁶⁸ É o caso dos contratos de seguro, conforme já decidiu o STJ: AgRg no AREsp 125.753/SP, 3ª T., j. 06.08.2013, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22.08.2013.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 1.153.

²⁷⁰ Antônio Carlos Efiging, ao tratar da teoria da onerosidade excessiva (*Ibid.*, p. 384) e Andreza Cristina Baggio, ao tratar da teoria contratual relacional (*Op. cit.*, p. 193), apesar de não fazê-lo explicitamente, chegam perto de afirmar sobre a necessidade de, em casos de revisão contratual por onerosidade excessiva, analisar a variação das condições socioeconômicas do consumidor, como critério autorizador da revisão contratual, para adequar as prestações a um patamar que possa ser suportado pelo consumidor, sem prejuízo da manutenção do mínimo existencial.

consumidor. Ou seja, não cabe falar em revisão quando o consumidor, p. ex., contrai novos débitos intencionalmente, buscando não quitar os anteriores.

Considerar aspectos particulares, decorrentes de novos fatos, previsíveis e que fazem parte da álea ordinária de caráter individual do consumidor, se encontra, inclusive, em hipóteses legais. O art. 16, I, do Decreto 6.386/2008, que regulamenta o crédito consignado para funcionários da União, autoriza a suspensão da consignação, por um período de até doze meses (art. 2º, VI), mediante pedido do consumidor e aquiescência do consignatário. A regra não especifica motivos. Ou seja, se o funcionário passa por momento de dificuldade que exige gastos extraordinários comprometedores da capacidade financeira, pode requerer a suspensão do pagamento. Havendo concordância do consignatário, a suspensão é possível. Inexiste a mesma possibilidade prevista na Lei 10.820/2003²⁷¹, que regulamenta o crédito consignado para os empregados sob o regime da CLT. Entretanto, por força do art. 6º, V, do CDC, a readequação das parcelas, quanto a valor e prazo, é perfeitamente possível.

O alongamento de débito não se trata de instituto estranho ao ordenamento Pátrio. O Manual de Crédito Rural do Conselho Monetário Nacional²⁷², no item 2.6.9, estabelece a possibilidade de prorrogação da dívida, mantendo os encargos contratados, em casos de: a) dificuldade de comercialização dos produtos; b) frustração de safra, por fatores adversos; e c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento da exploração rural. E as hipóteses mencionadas não diferenciam, quanto à previsibilidade e possibilidade, daquelas a que está exposto o trabalhador. Da mesma forma que a safra frustrar, pode p. ex., haver rescisão do contrato de trabalho, ou necessidade de novo endividamento.

É possível, pois, aprofundar a teoria da onerosidade excessiva, adequando-a às regras constitucionais de proteção do mínimo existencial²⁷³ e adequando-a, também, aos princípios do CDC, que presume a vulnerabilidade do consumidor, que exige que

²⁷¹ Seria juridicamente sustentável, à luz do princípio da isonomia e utilizando o método interpretativo do diálogo de fontes, atribuir o mesmo direito aos empregados da iniciativa privada e aposentados e pensionistas, mas a abordagem do assunto não caberia nos limites deste ensaio.

²⁷² A competência normativa do Conselho Monetária Nacional decorre da Lei 4.595, de 31.12.1964. Assim, inclusive, já o reconheceu o STJ (REsp 507.123/RS, 2ª T., j. 01.09.2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.09.2005).

²⁷³ Clarissa Costa de Lima, Káren Rick Danilevich Bertocello e Rosângela Lunardelli Cavallazzi ('**Ley modelo de insolvencia familiar, para América Latina e Caribe: considerações iniciais sobre o procedimento judicial.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 291-313, out.-dez. 2012. p. 311).

ambos contratantes atuem com boa-fé objetiva e, mais importante, que na medida de suas respectivas possibilidades, cooperem mutuamente, para o contrato ser cumprido por ambos, mesmo mediante revisão de cláusulas para cessar a onerosidade.

Em caso de revisão contratual, a disparidade econômica e técnica é elemento a justificar que o ônus econômico temporal do contrato recaia sobre o fornecedor. Assim, se o consumidor tem dificuldade em cumprir a prestação, cabe ao fornecedor o ônus de ceder em sua posição contratual, suportando a demora no cumprimento²⁷⁴, exatamente para que a obrigação possa ser integralmente cumprida²⁷⁵.

Assim duas são as soluções para o problema do comprometimento do mínimo existencial do consumidor: a) dar nova roupagem interpretativa à teoria da onerosidade excessiva, aprofundando-a no que toca ao exame das modificações das condições particulares do consumidor, que também passam a autorizar pela conclusão da onerosidade excessiva decorrente de fato superveniente; e b) impor ao fornecedor, com base na boa-fé e cooperação, o ônus temporal do contrato, pelo alongamento dos prazos, com fixação de maior número de parcelas de menor valor, mantidas as taxas de juros contratadas, ou através da suspensão temporária dos pagamentos.

²⁷⁴ Não se está a tratar de superendividamento, muito embora a solução apontada também caiba ao caso.

²⁷⁵ É a *ratio* da recuperação judicial, conforme posto no art. 47, da Lei 11.101, de 09.02.2005, superar a crise econômico-financeira da pessoa jurídica. E, conforme art. 50, I, da Lei 11.101, de 09.02.2005, é possível conceder prazos e condições especiais para pagamento de obrigações vencidas e vincendas. Se assim é possível em relação à pessoa jurídica, não se consegue conceber um motivo racional, a partir de uma interpretação constitucional que coloca as pessoas em primeiro lugar, um impedimento da análise da modificação das condições particulares do consumidor. Tanto assim o é, que não se perquire, na recuperação judicial, acerca das razões do inadimplemento, ou da dificuldade de pagamentos, que podem decorrem de condições perfeitamente previsíveis e eminentemente particulares da pessoa jurídica (má administração, inclusive dolosa, por exemplo). Se assim é possível para pessoas jurídicas, repete-se, muito mais justificável no caso de pessoas físicas, ameaçadas em seu mínimo existencial.

5. CONCLUSÃO

Opta-se, neste tópico, pela enumeração das conclusões a que se chegou durante a elaboração dos capítulos e subcapítulos, seja em relação ao tema central escolhido (a manifestação de vontade racional e livre de condicionantes negativas e os caminhos para o consumidor brasileiro, na contratação de crédito, poder manifestá-la com o fito de desenvolver-se de forma sustentável), bem como em relação aos estudos correlatos que foram realizados porque guardavam ligação com o tema central.

01. O homem, historicamente, realiza trocas, não só por razões econômicas, mas também para minimizar rivalidades e conflitos e manter a organização e a coesão social. As trocas importam em uma modalidade de contrato, pois estabelecem recíprocas obrigações de receber e entregar.

02. A sociedade de mercado tornou-se possível através da transformação de trabalho, terra e dinheiro em mercadorias (fictícias). Estes institutos jurídicos foram precificados e tornaram-se, eles próprios, objetos de troca, com preço regulado por oferta e procura, transacionados através do contrato, instrumento jurídico hábil à circulação de riquezas.

03. A mecanização do campo e a produção de excedente agrícola geraram a expulsão do trabalhador rural para as zonas urbanas. O trabalho desvinculado da terra – meio de sustento – precisou ser ofertado em troca de salário, tornando-se mercadoria. Já a terra tornou-se mercadoria a partir da noção de propriedade privada da qual se podia livremente dispor.

04. O dinheiro levou longo período para tornar-se mercadoria. Primeiro foi preciso que se lhe adotasse como padrão de troca, com adoção do padrão-moeda, o que ocorreu ao longo da história. A padronização do dinheiro em moeda e a dificuldade de seu transporte originaram os títulos ao portador.

05. Com o crescimento do comércio, tornou-se necessária a atividade de câmbio e os títulos ao portador tornaram-se títulos de crédito. A atividade de receber depósitos e conceder crédito evoluiu para a bancária. Pelo equilíbrio entre depósitos recebidos e empréstimos concedidos, tornou-se possível a criação artificial da moeda, e o dinheiro tornou-se mercadoria.

06. Esta transformação social, que originou a revolução industrial, viabilizou-se pelas noções de propriedade absoluta, liberdade absoluta, igualdade frente a lei e força vinculante dos contratos, bem como pela equiparação necessária da vontade racional e autointeresse, tidos como sinônimos. São construções argumentativas de caráter filosófico, jurídico e econômico realizadas pelas teorias naturalistas e liberais. E também se viabilizou pela insularização do sujeito, construção filosófica de origem franciscana que o liberalismo aproveitou e que possibilitou o rompimento dos laços o indivíduo com a comunidade, com a igreja e com o estado, este último relegado a uma posição de não interferência na vontade racional do cidadão.

07. O incremento da produção, aliado a urbanização e ao aumento da população, constituída em sua maioria por trabalhadores assalariados, gerou a necessidade de consumo, indispensável à subsistência do homem que, para consumir, passou a depender e ter de confiar na atividade de terceiros. Desvinculado dos meios de produção, conta com o salário, resultante da venda de força de trabalho, para ter acesso a bens e produtos oferecidos no mercado.

08. O achatamento salarial, decorrente da maior oferta de trabalhadores do que procura pelos mesmos, retirou do homem a capacidade de, mensalmente, adquirir todos os bens que necessita para subsistir, situação agravada sobremaneira no Brasil, onde os salários são baixos e o valor dos bens de consumo é elevado. O crédito foi a solução encontrada para a aquisição os bens necessários agora, com pagamento postergado a períodos de tempo futuros.

09. O dinheiro, como qualquer mercadoria, possui um preço, que é representado pelos juros. No Brasil, além de ser alto o valor dos bens de consumo, também são injustificadamente altas as taxas de juros. A posição jurisprudencial dos Tribunais Superiores, ao considerarem lícita a cobrança de juros pela taxa média praticada no mercado (divulgadas mensalmente pelo Banco Central do Brasil), contribui para manter os juros elevados. A taxa média de juros é fixada pelos agentes do mercado financeiro, sem a participação dos consumidores, o que apresenta contornos problemáticos em virtude de oligopólio formado pelos seis maiores bancos múltiplos atuantes no Brasil, que atualmente, sem computar a participação do BNDS, respondem por 95% da atividade bancária brasileira.

10. O homem historicamente explorado pelo empregador, agora é explorado economicamente pelas instituições financeiras e fornecedores de produtos e serviços. E estes últimos também se tornaram dependentes do crédito, pois precisam garanti-lo ao consumidor para poder vender. Enquanto consumidores e fornecedores se encontram em situação de simbiose, as instituições financeiras, que se tornaram o meio pelo qual as relações de consumo ocorrem, se encontram em situação parasitária, tanto em relação aos consumidores, quanto em relação aos fornecedores. Oferecem facilitação nas transações econômicas e recebem por isso, proporcionalmente, mais que o consumidor pela venda de seu trabalho e mais que o fornecedor por produtos ou serviços.

11. Para ter acesso a produtos e serviços, como não pode pagar à vista o consumidor brasileiro obriga-se à bancarização para obter crédito. E mesmo que não queira, ou não possa ter crédito, o brasileiro ainda assim se vê obrigado à bancarização, pois até as políticas públicas voltadas ao desenvolvimento socioeconômico, ou destinadas ao atendimento assistencial de carentes, realizam-se através do sistema financeiro.

12. Além de estar sujeito à exploração pelo empregador e pela instituição financeira, o brasileiro é mal atendido pelo estado, que presta serviços essenciais, como saúde, educação, transporte e segurança, de forma precária. O resultado, principalmente decorrente da má formação educacional, é uma população formada por praticamente três quartos de analfabetos funcionais. Incapaz, pois, de compreender os limites e possibilidades da contratação de crédito, e sujeito a ser ludibriado.

13. Este cidadão é destinatário de um diário bombardeio midiático, capaz de inculcar-lhe desejos e aspirações, de interferir na formação de sua vontade e de direcioná-lo à aquisição de produtos supérfluos capazes de comprometer o orçamento familiar por consideráveis períodos de tempo. Por outro lado, a omissão estatal gera a necessidade de, no Brasil, serem adquiridos bens de consumo que são considerados supérfluos em outros países. Assim com os automóveis, p. ex., em decorrência das deficiências de transporte público. Um dos resultados é o elevado nível de endividamento da população com faixa de renda mais baixa.

14. Como o consumo tornou-se prática essencial para a sobrevivência e como os rendimentos médios são insuficientes para proporcionar vida digna ao cidadão, o crédito tornou-se meio de acesso a bens de consumo indispensáveis, razão pela qual, o

crédito pode ser classificado como um direito objetivo. Preenchidas as condições, também objetivas de obter crédito, não se lhe pode negar ao consumidor.

15. A formação do quadro socioeconômico brasileiro deveu-se, em boa medida, à presunção de igualdade formal entre os contratantes e à ausência de limitação, por parte do estado, da autonomia privada, o que gerou a interferência privada do contratante em posição econômica privilegiada sobre a vontade e sobre a liberdade do contratante vulnerável. A desigualdade material sobrepôs-se à igualdade formal.

16. O contrato, todavia, deve ser utilizado para promover o desenvolvimento dos cidadãos. O primeiro passo é reconhecer que atos racionais voltam-se a outras finalidades, não havendo sinonímia entre racionalidade e autointeresse. É racional, pois, agir com compromisso, ou seja, contribuir para melhorar a sociedade, sem pensar em si, sendo o compromisso um imperativo que se impõe não só ao cidadão, mas principalmente às instituições públicas e privadas que se encontram em melhores condições de interferir na sociedade, para melhorá-la como um todo. O segundo passo é reconhecer que também se age racionalmente quando do cumprimento de uma obrigação, ou observância de uma responsabilidade.

17. A vontade, para que possa ser manifestada livre e racionalmente, não deve estar pressionada por condicionantes negativas, isto é, que limitam o conhecimento do cidadão acerca de suas próprias possibilidades e a escolha baseada nestas possibilidades. A vontade deve ser expressão de manifestação da vontade fundada na liberdade, que se desdobra no binômio sensibilidade e acessibilidade.

18. Em relações de consumo onde o objeto é a contratação de crédito criador de um vínculo que perdura por tempo relativamente longo entre fornecedor e consumidor, cabe àquele o papel de agir para minorar as condicionantes negativas da liberdade, em uma ação compromissada que é imposta pela CF e pelo CDC, no sentido de harmonizar as relações de consumo.

19. Para que se possa, então, fixar o modo de comportamento do fornecedor na contratação do crédito ao consumo, deve-se atentar que o consumidor médio brasileiro, quanto a sua formação e atitude, é desinformado, desatendo e incapaz de realizar grande esforço interpretativo de cláusulas e condições contratuais. Encontra-se limitado por déficit educacional, por restrições econômicas que o levam a contratar por

necessidade (impedindo a necessária reflexão), em virtude de baixos salários, submetendo-o a práticas contratuais abusivas pelos fornecedores do crédito.

20. Micro e pequenas empresas, que respondem por 99% do total das empresas brasileiras, são administradas pelo consumidor, que atua como empresário. Assim, se deparam com o mesmo problema educacional, razão pela qual o índice de mortalidade empresarial, principalmente nos primeiros anos de atividade, é acentuado.

21. Além do déficit educacional, o consumidor médio brasileiro apresenta como características: a urbanização, o salário achatado, a bancarização, a dependência de serviços públicos para atendimento (principalmente) de educação, saúde, transporte e segurança e a dependência do crédito para ter acesso a bens de consumo de primeira necessidade. Estas características, traduzidas para termos jurídicos denotam que o consumidor brasileiro apresenta, no mínimo, quatro formas de vulnerabilidade: a) técnica, ou seja, falta de conhecimento específico sobre o produto ou serviço que pretende adquirir; b) jurídica, ou seja, falta de conhecimento jurídico, contábil e econômico, sobre contratos e práticas comerciais, o que gera enorme dificuldade quando há contratação através de contratos de adesão que fazem uso de condições gerais, elaboradas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sendo redigidas em termos técnicos, que inadmitem discussão ou alteração e que geram um consumidor em estado de natureza, ou seja, uma presunção de que o consumidor leu, compreendeu e assentiu em cumprir o contrato, tendo manifestado livre e conscientemente sua vontade; c) fática, que é critério comparativo que reconhece que o consumidor se encontra em posição de inferioridade em relação ao fornecedor por sua força econômica ou pela essencialidade do produto ou serviço que fornece; e d) informacional, que representa a falta de prestação de informações ao consumidor, bem como a manipulação e controle desta.

22. Juridicamente, o consumidor é conceituado como pessoa física ou jurídica (consumidor padrão), que retira o produto ou serviço da cadeia de consumo para utilizá-lo em benefício próprio ou da família, sem obter proveito econômico. Este conceito é partilhado pela UE, pelos EUA e por boa parte dos países sul-americanos.

23. No Brasil, além do consumidor que retira o produto ou serviço do mercado para uso próprio, a aplicação da teoria do finalismo aprofundado adotada pelo STJ, reconhece a possibilidade de, presente a vulnerabilidade do consumidor no caso

concreto, alargar o conceito de consumidor padrão para abarcar também o profissional (pessoa física ou jurídica) que, mesmo usando o produto ou serviço como insumo, se encontra em posição de vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

24. A teoria do finalismo aprofundado peca por desconsiderar que o CDC não visa somente proteger o consumidor, mas sim o mercado como um todo, exigindo qualidade no fornecimento de produtos e serviços, independentemente de quem seja o adquirente. A teoria deixa de fixar critérios para identificar quando o consumidor profissional está em situação de vulnerabilidade, o que representa deixar a cargo exclusivo do julgador o preenchimento do conteúdo normativo do conceito jurídico. Por fim, a teoria apresenta o problema de ignorar os dados respeitantes ao empresariado brasileiro que, em larga escala apresenta as mesmas deficiências do consumidor padrão, mas não conta, a ser utilizada a teoria do finalismo aprofundado, com o mesmo nível de proteção.

25. A legislação brasileira também considera consumidor por equiparação, as vítimas de um evento danoso provocado por fato do produto ou serviço, aqueles expostos a publicidade ilícita e vítimas de práticas comerciais ou contratuais abusivas. Já o fornecedor é aquele que exercita atividade voltada ao mercado, em caráter habitual ou profissional, mediante remuneração.

26. A partir dos problemas enfrentados pelo consumidor de crédito brasileiro, quando da contratação, concluiu-se que a CF e o CDC possuem mecanismos para interferir na esfera da autonomia privada do fornecedor, não só para regular o conteúdo dos contratos, mas principalmente impondo-lhe uma conduta de cooperação, decorrente do compromisso, que pode ser considerada racional e é apta a reduzir as condicionantes negativas do consumidor a fim de chegar a uma manifestação de vontade livre, garantidora da sensibilidade de o consumidor conhecer os caminhos por onde quer trilhar, para chegar a uma vida boa, bem como acessibilidade, para que possa consumidor, por si, escolher estes caminhos.

27. Para tanto, diferencia-se autonomia privada, que merece regulamentação, da autonomia da vontade, cuja formação merece tutela, não como cuidado (no sentido de limitá-la, ditando ao consumidor – ao cidadão – o que é melhor para ele), mas como condição de ser manifestada livremente, para que o consumidor

escolha racionalmente e sem interferência das condicionantes negativas, o que é melhor para si mesmo, e possa realizar esta escolha.

28. Para reduzir as condicionantes negativas no que toca ao crédito, a informação verdadeira e transparente é a medida mais adequada.

29. Como o dever de informar é regulamentado por conceitos vagos e orientado pela boa-fé objetiva, e como esta se trata de uma cláusula geral, verifica-se que existe alto grau de abstração legislativa e necessidade de preenchimento do conteúdo semântico, ao menos do dever de informar, para que possa ser devidamente orientado/interpretado através da boa-fé objetiva.

30. Para concretizar o dever de informar em contratos de crédito, identificaram-se três etapas, a informação de educação (que se presta não só a informar o consumidor sobre o contrato, mas educá-lo para que possa, por si, identificar qual a melhor contratação e, no futuro, quando tomar contato com outros instrumentos, possa interpretá-los sem ser influenciado pelo fornecedor), informação de consultoria (que exige análise da solvabilidade do consumidor, e se presta a estabelecer uma relação dialética entre os contratantes para a construção da melhor solução à necessidade do consumidor, bem como para proporcionar-lhe melhora de seu score positivo para acessar melhores linhas de crédito, com menores taxas de juros, o que também representa minoração do risco de inadimplemento) e informação de alerta (que exige do fornecedor a análise da capacidade financeira do consumidor para arcar com as prestações de um contrato de crédito, considerando a possibilidade de modificação da situação de fato, que pode dificultar ou impedir que o consumidor continue a honrar o contrato e, também, privá-lo do benefício obtido, é a modalidade de informação destinada à proteção da confiança).

31. Considerada a situação do consumidor médio brasileiro, se obedecidas as propostas apresentadas, quanto ao dever de informar, estar-se-á saindo da contratação massificada para a particularizada. Uma necessidade brasileira, cuja responsabilidade recai sobre o estado (educação formal), sobre os fornecedores (educação informal e para o consumo) e sobre os consumidores (disposição em ser educado e em educar-se). Enquanto nos países desenvolvidos o consumidor é instruído e capaz de interpretar cláusula do contrato (e ainda assim, naqueles países, os deveres de informar são muito rígidos e importam em uma série de obrigações ao fornecedor), no Brasil se trata de um

ideal ainda a ser atingido. Informando e educando consumidor em cada contratação de crédito, ao menos nesta espécie contratual (tão importante hodiernamente), será possível chegar a um patamar educacional que elimine as condicionantes negativas daí decorrentes, e o consumidor poderá, então, manifestar com verdadeira liberdade sua vontade, direcionando-a exatamente para a consecução dos objetivos que estabeleceu para a própria vida.

32. Mesmo com a informação prestada na forma proposta – o que inexistia atualmente, no Brasil –, o consumidor não perde o direito de readequação do contrato, principalmente nos casos onde, por fatos supervenientes, cumprir a avença passa a ser-lhe excessivamente oneroso, comprometendo a renda destinada à manutenção própria ou da família.

33. Nestes casos, como há análise prévia da capacidade de endividamento do consumidor e como no preço do crédito concedido já se encontram os riscos que integram a álea ordinária da contratação, mesmo na hipótese de o fato superveniente se encontrar nesta álea (demissão, doença, etc.), é possível a readequação do contrato. Como o CDC exige a presença de fato superveniente e desequilíbrio, sem estabelecer qualquer correlação com imprevisibilidade do evento, não se deve exigir um fato extraordinário, que ocorra fora da álea do contrato.

34. A CF estabelece que a ordem econômica destina-se a atingir o objetivo de vida digna a todos. Não se coaduna com o mandamento constitucional continuar a pautar-se em regras contratuais que historicamente geraram exploração e desigualdade, condicionando a realização de direitos do cidadão ao preenchimento de arcaicos requisitos de outrora. A defesa do consumidor em muito se confunde com a defesa do cidadão, razão pela qual o preenchimento do conteúdo normativo das regras do CDC deve levar em conta a situação socioeconômica do consumidor médio brasileiro, tornando-se, assim, um instrumento hábil a possibilitar desenvolvimento sustentável.

35. A informação e a possibilidade de revisão do contrato em virtude de alterações da situação fática do consumidor são, pois, dois importantes mecanismos jurídicos fundados no CDC, capazes de, na contratação do crédito, garantir a livre manifestação da vontade, o que deve ocorrer através de ações conjuntas do estado, dos fornecedores e dos consumidores, sendo, tais ações, capazes de minorar as condicionantes negativas que limitam a vontade.

6. REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo; BITTENCOURT, Gilson; MAGALHÃES, Reginaldo. **Informação de crédito: um meio para ampliar o acesso dos mais pobres ao sistema financeiro**. Pesquisa & Debate, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nº 16, p. 203-248, jul.-dez. 2005.

ABRÃO, Carlos Henrique. **Cartões de crédito e débito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Comentários ao novo código civil, v. VI, t. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade e informação**. São Paulo: RT, 2011.

ALENCAR, Leonardo S.; MARTINS, Bruno Silva. **Concentração bancária, lucratividade e risco sistêmico: uma abordagem de contágio indireto**. Trabalhos para Discussão, Brasília: Banco Central do Brasil, nº 190, p. 1-33, set. 2009.

ALMEIDA, Margarida Maria Matos Correia Azevedo de. **A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada**. Coimbra: Coimbra Ed. 2003.

ALTERINI, Atílio Aníbal. **Tendências en la contratacion moderna**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 31, p. 104-114, jul.-set. 1999.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1980.

ALVIRA, António Rocha. **Lecciones sobre derecho civil – obligaciones**. Bogotá: Editorial Universidade del Rosário, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, nº 102, p. 207-230, abr.-jun. 1989.

_____. **Autonomia privada**. Revista CEJ, Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 09, p. 25-30, set.-dez. 1999.

_____. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Atlas, 1995.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ÁRIES, Philippe; DUBY, Georges Duby. **História da vida privada, v. 1**. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Trad. Luciano Oliveira e Wanda de Lemos Capeller. Por Alegre: SAFE, 1991.

_____. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA ALVIM WAMIBER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

ARRUDA, José Jobson de A. **História antiga e medieval**. 17. ed. São Paulo: Ática, 1995.

_____. **História moderna e contemporânea**. 27. ed. São Paulo: Ática, 1995.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé**. Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, nº 4, p. 9-25, out.-dez. 2000.

_____. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: UFPR, nº 39, p. 5-22, 2003.

AVELÃS NUNES António José. **A crise atual do capitalismo**. São Paulo: RT, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 95, v. 1, p. 212-132, 1995.

_____. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 97, v. 1, p. 107-125, 2002.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAGIO, Andreza Cristina. **Breves considerações acerca da noção de contrato como processo.** Ânima, Curitiba: Opet, nº I, p. 469-493, 2009.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo.** São Paulo: RT, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais.** Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **A teoria do contrato no paradigma constitucional.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 149-169, out.-dez 2012.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** 2. ed. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e identidade.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Amor líquido.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. **Medo líquido.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **A sociedade individualizada.** Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Vida a crédito.** Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **Capitalismo parasitário.** Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial – en busca de la seguridad perdida.** Trad. Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **Sociedade de risco – rumo a outra modernidade.** 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. **Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento**. In. Direitos do Consumidor Endividado. Coord. Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: RT, 2006. pp. 191-210.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARAKOVICZ, Silvia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade social das empresas privadas**. Revista Jurídica, Curitiba: Unicuritiba, nº 29, p. 375-405, jul.-dez. 2012.

_____; OIKAWA, Mariana Mendes Cardoso. **O consumo consciente e a educação para o consumo como função social da empresa**. Revista Jurídica, Curitiba: Unicuritiba, nº 33, p. 298-319, out.-nov. 2013.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Cadastro positivo**. São Paulo: RT, 2011.

BIARDEAU, Gérard; FLORES, Philippe. **O ofício do juiz e o crédito ao consumo**. Trad. Káren Rick Danilevicz Bertoncello. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 87, p. 31-47, mai.-jun. 2013.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. 2. ed. Trad. Tibério Novais. Editora Fundamento. São Paulo: Fundamento, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Carlos E. Rodrigues, Edson Bini e Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 2. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2003.

_____. **Liberalismo e democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BORBA, Muaro; OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. **Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 129-147, out.-dez. 2012.

BONA FILHO, João de. SILVA NETO, Orlando Celso da. **Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 253-271, mar.-abr. 2013.

BORGES, Gustavo Silveira. **Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 13-41, out.-dez. 2012.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação.** 9. ed. Trad. Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996.

_____. **O poder simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **A economia das trocas simbólicas.** Vários tradutores. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BRAUDEL, Fernand. **A dinâmica do capitalismo.** Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental, v. 1.** 44. ed. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 2007.

_____. **História da civilização ocidental, v. 2.** 43. ed. Trad. Lourival Gomes Machado,

- Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 2007.
- BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUZAID, Alfredo. '**Juicio de amparo**' e **mandado de segurança (contrastes e confrontos)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, nº 56, v. 1, p. 172-231, 1961.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.
- CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. **Spread bancário no Brasil: suas determinantes e consequências**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, nº 2, p. 130-126, dez. 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANCLINI, Néstor Garcia. **A globalização imaginada**. Trad. Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2007.
- _____. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. 8. ed. Trad. Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; CORRAR, Luiz João; MARTINS, Eliseu. **Mensuração do risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas**. Trabalhos para Discussão, Brasília: Banco Central do Brasil, nº 169, p. 1-50, jul. 2008.
- _____; _____. **Índices de risco sistêmico para o setor bancário**. Revista Contabilidade e Finanças, São Paulo: Universidade de São Paulo, nº 47, p. 6-18, mai.-ago. 2008.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madri: Trotta, 2009.

CÁRDENAS, Sara Lidia Feldstein de; VIEIRA, Luciane Klein. **La noción de consumidor em el mercosur**. Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, vol. 3, p. 71-84, out. 2011.

CARVALHO, Danilo Takasaki. **O contrato de correspondente e a regulação bancária brasileira**. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central, Brasília, Banco Central do Brasil, nº 3, p. 105-134, dez. 2009.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 4. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Vozes, 2003.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 6. ed. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2006.

CATALAN, Marcos. **Proteção constitucional do meio ambiente**. São Paulo: Método, 2008

_____. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: RT, 2013.

_____. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor**. Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo, São Paulo: Fiuza, nº 1, p. 145-180, 2009.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 76, p. 74-111, out.-dez. 2010.

_____. BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. **'Ley modelo de insolvencia familiar', para América Latina e Caribe: considerações iniciais sobre o procedimento judicial**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 84, p. 291-313, out.-dez. 2012.

CHAMIE, José Felix. **Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato**. Revista de Derecho Privado, Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, nº 14, p. 113-138, jan.-jun. 2008.

CHOMSKY, Noan. **A minoria próspera e a multidão inquieta**. 2. ed. Trad. Mary

Grace Figueira Perpétuo. Brasília: UnB, 1999.

_____. **O lucro ou as pessoas?** 6. ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CLEMENTE, Ademir; TAFFAREL, Marinês; VIEIRA DA SILVA, Wesley. **Risco regulatório e reação do mercado: análise do setor de energia elétrica.** Revista Universo Contábil, Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, nº 9, p 121-134, jan.-mar. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 77, p. 27-46, jan.-mar. 2011.

_____. **A civilização capitalista.** São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Fernando Nogueira da; PINTO, Gabriel Musso de Almeida. **Impactos da pressão para concorrência bancária no mercado de crédito brasileiro.** Texto para Discussão, Campinas: Unicamp, nº 215, fev. 2013.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento.** São Paulo: RT, 2002.

COSTA, Sergio Corrêa da. **Palavras sem fronteiras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

COULANGES, Fastel de. **A cidade antiga.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1998.

CUELLAR, Juan Carlos Villalba. **Reforma al estatuto de protección al consumidor en Colombia.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 147-177, jan.-mar. 2012.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito dos consumidores à informação e controle jurisdicional.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 233-251, mar.-abr. 2013.

DORINI, João Paulo de Campos. **Direito de acesso ao consumo.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 75, p. 41-79, jul.-set. 2010.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores.** São Paulo: RT, 2002.

_____. **Direito do consumo e direito do consumidor.** Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba: Bonijuris, nº 1, p. 103-120, mar., 2011.

_____. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 3. ed. Curitiba, Juruá, 2011.

_____. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____; GIBRAN, Fernanda Mara; GOMES BERGSTEIN LAÍS. **A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 91-116, jan.-mar. 2012.

_____; LAZZARI BLAUTH, Flávia Noemberg. **Analfabetismo jurídico nas relações de consumo e a função social da execução jurídica na América Latina**. Espaço Jurídico, Joaçaba, nº 2, p. 197-210, jul.-dez. 2011.

ENGLISH, Bill; SHARPLES, Pita R. **New Zealand's constitution: a report on a conversation**. Wellington: Ministry of Justice, 2013.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

_____. **Conceitos sociológicos fundamentais**. In. **Escritos e Ensaios, v. 1**. Trad. Sérgio Benevides, Antonio Carlos dos Santos e João Carlos Pijnappel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. 21-33.

ESPANÉS, Luis Moisset; MÁRQUEZ, José Fernando. **Riesgos de desarrollo**. Disponível em: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/riesgos-de-desarrollo>, acessado em 28.01.2014, às 11:10 horas.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Entre duas modernidades: a constituição da 'persona' e o mercado**. Revista de Direito Brasileira, São Paulo: RT, nº 1, p. 101-110, jul.-dez. 2011.

FAMÁ, Rubens; SOUZA, Milanez Silva de. **Gestão de risco bancário: acordo de Basileia**. Contabilidade Vista & Revista, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº 9, p. 38-51, set. 1998.

FAVIER, Yann. **A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa**. Trad. Káren Rick Danilevicz Bertocello e Vinicius Aquini. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 85, p. 15-24, jan.-fev. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Trad. Pilar Allegue. in. Neoconstitucionalismo(s). Org. Miguel Carbonel. Madri: Trotta, 2003, pp. 13-29.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2011.

FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita da justiça: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 79, p. 265-308, jul.-set. 2011.

FERREIRA, João da Silva. **A revolução financeira e a gestão do risco na empresa bancária**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 1991.

FERRY, Luc. **Diante da crise**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Maria Ana Cabral Sacadura Alexandre da. **Do consumidor médio**. Dissertação de mestrado. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012. Disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10927/1/TESE_MariaAnaFonseca.pdf

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos de distribuição**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 10 ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. São Paulo: Vozes, 1993.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. **Sobreendividamento, a outra face do crédito**. In. Direitos do Consumidor Endividado. Coord. Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: RT, 2006. p. 23-43.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREIDEN, Jeffrey A. **Capitalismo global: história econômica e política do século XX**. Trad. Vivian Mannheimer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

FROTA, Mário. **Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 78, p. 23-66, abr.-jun. 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983.

GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del código civil cubano (a propósito de los veinte años del código civil cubano)**. Rivista Roma e America: Diritto Romano Comune, n° 24, p. 103-164, jul.dez. 2007.

GALLET, Jean-Louis. **A proteção do consumidor na jurisprudência da Corte de Cassação**. Trad. Clarissa Costa de Lima. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n° 87, p. 13-30, mai.-jun. 2013.

GALVÃO, Délio José Cordeiro; LOURES, Renato Falci Villela; MENDONÇA, Helder Ferreira. **Risco operacional nas instituições financeiras: contratar seguro ou auto-segurar-se?** Revista Economia, Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, v. 9, p. 309-326, mai.-ago. 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Finkler. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. **Modernidade e identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. **A constituição da sociedade**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Sociologia**. 4. ed. Trad. Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artemd, 2005.

GHERSI, Carlos A. **La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 36, p. 38-44, out.-dez. 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva,

2004.

GOFF, Jacques Le. **A bolsa e a vida**. 2. ed. Trad. Rogério Silveira Muoio. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. Desenvolvimento em Questão, Ijuí: Unijuí, nº 7, p. 127-152, jan.-jun., 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRASSI NETO, Roberto. **Crédito, serviços bancários e proteção ao consumidor em tempos de recessão**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 80, p. 193-210, out.-dez. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAY, John. **Falso amanhecer: os equívocos do capitalismo global**. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GREENSPAN Alan. **A era da turbulência: capítulo especial – epílogo sobre a crise americana**. Trad. Afonso Celso da Cunha Será. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, v. I**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. **O direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUILLOT, Rosa Adela Leonseguí. **El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias**. Revista de Derecho UNED, Madri: UNED, nº 10, p. 315-345, 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilítica e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito, v. 1**. Trad. José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Guacira Lopes Louro e Tomaz Tadeu da Silva. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

- HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.
- HAUSER, Ester Eliana. **O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau**. In. Introdução à História do Pensamento Político. Org. Antonio Carlos Wolkmer. São Paulo: Renovar, 2003.
- HEILBRONER, Robert L.; MILBERG, William. **A construção da sociedade econômica**. 12. ed. Trad. Regina Garcez. Porto Alegre: Bookman, 2008.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- HOBBS, Eric J. **A era do capital**. 3. ed. Trad. Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- _____. **A era dos extremos**. 2. ed. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOCHSCHILD, Arlie Russell. **As cadeias globais de assistência e a mais-valia emocional**. in. No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global. Org. Anthony Giddens e Will Hutton. Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2000, pp. 187-209.
- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. São Paulo: Atlas, 2012.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 72, p. 78-100, out.-dez. 2009.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- _____. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. Alexandre Fradique Morujão e Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- _____. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KASNAR, Istvan. **Análise de risco bancário: riscos da carteira de um banco**. Eletro Revista, Rio de Janeiro: Institucional Busines Consultoria Internacional, nº 4, p. 1-12, jan. 2009.

KELLY , John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

KRUGMAN, Paul. **Um basta à depressão econômica!**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAPUENTE, Sergio Cámara. **El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos**. Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, vol. 3, p. 84-117, out. 2011.

LASTRA, Rosa María. **Banco central e regulamentação bancária**. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Rodrigo Mendes; PAULA, Luiz Fernando de; REIS JUNIOR, Henrique O. Massena. **Decomposição do spread bancário no Brasil: uma análise do período recente**. Revista Economía, São Paulo: Ampec, nº 14, p. 29-60, jan.-abr. 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Sujeito de direito e capacidade: contribuição para revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello**. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos [Coords.]. Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, p. 1-26, 2007.

LIMA, Clarissa Costa de; MIRAGEM, Bruno. **Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 90, p. 91-115, nov.-dez. 20013.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**. Trad. Maria Lucia Machado: São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **A sociedade da decepção**. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 37, p. 59-76, jan.-mar. 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 85, p. 177-208, jan.-fev. 2013.

LOROI-GOURHAR, André... [et al]. **Pré-história**. Trad. Josefa Uratsuka e Caio Del Rio Garcia. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Globalização e direito do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 32, p. 45-54, out.-dez. 1999.

_____. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MACMILLAN, Margaret. **Paz em paris**. trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: Nova Fronteira, 2004.

MAIA, Maurilio Casas. **O princípio da proteção da confiança na relação médico-paciente**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 82, p. 267-285, abr.-jun. 2012.

MALDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do pacífico ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia**. 2. ed. Trad. Anton P. Carr e Ligia Aparecida Cardieri Mendonça. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. 4. ed. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.

- MARIUZZO, Patrícia. **Novos celulares ganham capacidade de integrar múltiplas funções**. Revista Inovação, Campinas: Uniemp, nº 5, v. 2, p. 42-43, nov./dez 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____. **A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: 'studium generale' sobre o consumidor como 'homo novus'**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 85, p. 25-63, jan.-fev. 2013.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. **O contrato entre Luhmann e Habermas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 77, p. 55-77, jan.-mar. 2011.
- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. **Títulos de crédito, v. 1**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.
- MARX, Karl. **O capital, v. I**. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Trad. Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. São Paulo: Unesp, 2010.
- MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. **Teoria geral do contrato**. São Paulo: RT, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.
- MILL, John Stuart. **Princípios de economia política, v. I**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- _____. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, sem data.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. **Mercado, fidúcia e banca: uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 77, p. 185-243, jan.-mar. 2011.
- _____. **Direito bancário**. São Paulo: RT, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, tomo XXXII**. 3. ed. São Paulo: RT, 1984.

MONSALVE-CABALLERO, Vladimir. **Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea**. Vniversitas, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, nº 117, p. 115-152, jul.-dez. 2008

_____. RODADO-BARRETO, Diana Paola. **La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo**. Vniversitas, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, nº 122, p. 483-518, jan.-jun., 2011, p. 497.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 5**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MUÑOS, Maria Paula Costa. **Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 86, p. 47-63, mar.-abr. 2013.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Método, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**. 2. ed. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1994.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SILVA, Ligia Neves. **Possibilidades de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso às posições proprietárias e ao trabalho**. Direitos Fundamentais & Justiça. Porto Alegre: PUC/RS, nº 16, p. 182-203, jul.-set. 2011.

- OLIVEROS, Sheraldine Pinto. **La protección del consumidor en el derecho venezolano**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 81, p. 179-235, jan.-mar. 2012.
- PAIVA, Rafael Augusto de Moura. **Repensando o 'ser' consumidor'**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 88, p. 103-143, 2013.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Sobre o plano nacional de consumo e cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 87, p. 249-269, mai.-jun. 2013.
- _____. **Aspectos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 90, p. 169-189, nov.-dez. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. III**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- PIMONT, Sébastien. **O que significa ensinar o direito contratual europeu**. Trad. Fernanda Sirotsky Scaletscky e João Henrique Kurtz Algarve. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 82, p. 289-306, abr.-jun. 2012.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Savaira, 2010.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação**. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- _____. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.
- PORTUGAL, Maria Cristina. **A usura nas instituições financeiras: o atual regime dos contratos de crédito em Portugal**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, nº 83, p. 285-299, jul.-set. 2012.
- PROENÇA ROSA, Carlos Augusto de. **História da ciência, v. 1**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

- RADBRUH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Justicia como equidad**. Trad. Miguel Ángel Rodilla. Madri: Editorial Tecnos, 2012.
- REALE, Miguel. **O projeto do código civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, v. 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. **Curso de direito comercial, v. 2**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- REICH, Robert B. **Supercapitalismo**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Elsevier, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 36, p. 176-184, out.-dez. 2000.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.
- RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a 'economia política' do sexo**. Trad. Chirstine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. SOS Corpo: Recife, 1993.
- SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**. São Paulo: Edusp, 2002.
- _____. **Pensando o espaço do homem**. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2004.
- _____. **Economia espacial**. 2. ed. Trad. Maria Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Edusp, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n° 36, p. 54-104, out.-dez. 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2013.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **História geral**. São Paulo: Riedel, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SÉLLOS, Viviane. **A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana**. *Ânima*, Curitiba: Opet, n° VI, p. 1-17, 2011.

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

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. *Laura Teixeira Motta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Carlos Eduardo Lins da Silva e Bernardo Ajzemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações, v. I**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **A construção do direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SORJ, Bernardo. **Brasil@povo: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

- SOTO, Jesús Huerta de. **Moeda, crédito bancário e ciclos econômicos**. Trad. Nuno Carvalho. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, v. 1**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- STEWART JR. Donald. **O que é liberalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.
- STIGLITZ. Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. Trad. Bazán Tecnologia Linguística. 3. ed. São Paulo: Futura, 2002.
- _____. **O mundo em queda livre**. Trad. José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo... [et. al.]. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- TALAVERA, Glauber Moreno. **Aspectos jurídicos controversos dos juro e da comissão de permanência**. São Paulo: RT, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. in. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- VAQUÉ, Luis Gonzáles. **La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo**. Estudios sobre Consumo, Logroño: Uniorioja, nº 75, p. 25-42, 2005.
- VELOSO, Alberto Junior. **O contrato de compra e venda a crédito ao consumidor**. Curitiba: Juruá, 2013.
- VENINI, Juan Carlos. **Responsabilidad por daños contractual y extracontractual**. Santa Fé: Editorial Juris, 1992.
- VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. Martins Fontes: São Paulo, 2009.

- VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**. São Paulo: 2011.
- WOLF, Martin. **A reconstrução do sistema financeiro global**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- WEATHERFORD, Jack. **A história do dinheiro: do arenito ao cyberspace**. Trad. June Camargo. São Paulo: Negócio Editora, 1999.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 2**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: UnB, 2004.
- YUNUS, MUHAMMAD. **O banqueiro dos pobres**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. **Criando um negócio social**. Trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Lei, o Direito e a Constituição**. Discurso proferido no XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal, em novembro de 2003.
- _____. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.
- ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.