

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO ECONÔMICO

FÁBIO JOSÉ DE OLIVEIRA ARAÚJO

**O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO
DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO**

João Pessoa - PB
2014

FÁBIO JOSÉ DE OLIVEIRA ARAÚJO

**O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO
DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Econômico, na linha de pesquisa Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito

Ata da Banca Examinadora do Mestrando **Fábio José de Oliveira Araújo**, candidato ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

1 Às 10h00 do dia 24 de fevereiro de 2014, na sede do Programa de Pós-Graduação em
2 Ciências Jurídicas, Campus I da UFPB, nesta Capital, reuniu-se a Comissão Examinadora
3 formada pelos seguintes Professores Doutores: **Rodrigo Toscano de Brito**
4 (Orientador/UFPB), **Fernando Antônio de Vasconcelos** (Avaliador Interno/UFPB), e
5 **Larissa Maria de Moraes Leal** (Avaliadora Externa/UFPE), para avaliar a dissertação de
6 mestrado do aluno **Fábio José de Oliveira Araújo**, intitulada: "**O SUPERENDIVIDAMENTO**
7 **DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO.**",
8 candidato ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito
9 Econômico. Compareceram à cerimônia, além do candidato, professores, alunos e
10 convidados. Dando início à solenidade o professor Rodrigo Toscano de Brito
11 (Orientador/UFPB), apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra ao mestrando,
12 que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. O candidato foi a seguir arguido pelos
13 examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a comissão, em caráter
14 secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o
15 conceito APROVA DO COM DISTINÇÃO, o qual foi proclamado pela Presidência da
16 Comissão, achando-se o candidato legalmente habilitado a receber o grau de Mestre em
17 Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito,
18 o diploma de mestre a que o mesmo faz jus. Nada mais havendo a declarar, o presidente deu
19 por encerrada a sessão, da qual eu, *Luísa de Araújo P. Gadelha*, Secretária do Programa de
20 Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata que, assino com os demais
21 componentes da Comissão Examinadora. João Pessoa, 24 de fevereiro de 2014.
22 XXXXXXXXXXXXXXXX.


Luísa de Araújo P. Gadelha


Rodrigo Toscano de Brito


Fernando Antônio de Vasconcelos


Larissa Maria de Moraes Leal


Fábio José de Oliveira Araújo



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**

CERTIDÃO Nº 107 / 2023 - PPGCJ (11.01.46.04)

Nº do Protocolo: 23074.054042/2023-98

João Pessoa-PB, 14 de Junho de 2023

CERTIFICO, para os devidos fins, que o relatório do Orientador Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito referente à dissertação de mestrado intitulada: "O superendividamento do consumidor como fator impositivo do dever geral de renegociação", apresentada pelo mestrando Fábio José de Oliveira Araújo, no dia 26 de fevereiro de 2014, perante banca examinadora, foi homologado pelo Colegiado do PPGCJ no dia 30 de maio de 2023. E, por ser expressão da verdade, firmo a presente certidão, na condição de secretário do programa, para que produza os seus devidos efeitos legais.

(Assinado digitalmente em 14/06/2023 15:01)

TALITA DE CASTRO SANTOS

ADMINISTRADOR

Matricula: 1020360

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **107**, ano: **2023**, documento(espécie): **CERTIDÃO**, data de emissão: **14/06/2023** e o código de verificação: **61e32401b8**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A663s Araújo, Fábio José de Oliveira.

O superendividamento do consumidor como fator impositivo do dever legal de renegociação / Fábio José de Oliveira Araújo. - João Pessoa, 2014.
110 f.

Orientação: Rodrigo Toscano de Brito.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Contrato - Dever de renegociação. 2. Superendividamento - Renegociação. 3. Consumidor - Boa-fé objetiva - Cooperação. I. Brito, Rodrigo Toscano de. II. Título.

UFPB/BC

CDU 346.3:005.574(043)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, por tudo;

Aos meus pais José Araújo de Oliveira e Geralda de Oliveira Araújo, pela vida e pelo exemplo de simplicidade, de dedicação aos filhos e de amor incondicional ao próximo;

A minha irmã Iluska Maria de Oliveira Araújo e a minha sobrinha Bruna Caroline de Oliveira Targino, por me fazerem ter certeza de que não há barreiras intransponíveis, e de que a força e a fé removem montanhas;

A minha esposa Domenica Dantas Cruz de Oliveira, luz em minha vida, companheira de todas as horas, minha amiga e mulher, e aos meus filhos Eduardo Cruz de Oliveira e Manuela Cruz de Oliveira, vida, alma, corpo e coração, por toda a troca de amor que nos une e nos alimenta o espírito;

Ao meu sogro Francisco das Chagas, a minha sogra Graça Cruz, e aos meus cunhados Henrique Jorge e Leonardo Victor, pela alegria contagiante com que encaram a vida;

À Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, por ter me concedido o afastamento para cursar o mestrado, sem o qual essa tarefa teria se tornado quase impossível;

À Universidade Federal da Paraíba - UFPB, pela acolhida aconchegante;

Ao meu orientador, pelo auxílio preciso, abalizado e luxuoso, pelo exemplo de amor ao Direito e pelos muitos contributos à Ciência Jurídica; e, ainda, pela amizade. E aos professores Fernando Antônio de Vasconcelos e Larissa Maria de Moraes Leal, integrantes da banca, pelas reluzentes luzes de seus escritos e pela colaboração dada à Ciência Jurídica;

Aos corpos docente e discente da minha turma de mestrado, pelas novas concepções de mundo que me guiarão daqui em diante;

Ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, pelo acesso ao âmago dos jurisdicionados, de onde brotam as grandes questões, e que só as demandas judiciais são capazes de conferir;

E, por fim, e de modo todo especial, a Gábio José de Oliveira Araújo, meu querido irmão, que, talvez sem saber, plantou em mim a semente do amor pelos estudos e da importância do respeito à pessoa do próximo, pela eterna companhia em espírito e pelo conforto de saber que um dia nos reencontraremos.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o estudo do fenômeno do superendividamento e de sua intrínseca relação com os contratos e com a categoria jurídica do dever geral de renegociação. Por intermédio de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, procura-se enfatizar os principais aspectos que inter-relacionam essas temáticas. Percebe-se, no estágio atual de desenvolvimento do capitalismo, a prevalência de uma política econômica assentada no crédito, o que acaba gerando fortíssimos índices de endividamento global. Isso afeta sujeitos das mais variadas classes, níveis econômicos e perfis intelectuais, pois todos, em razão da massificação da política de marketing indutiva do consumo, são levados a adquirir bens e produtos além de suas necessidades e forças financeiras. É daí que surge a perda do controle dos gastos pessoal e familiar e, por conseguinte, o superendividamento. O dever geral de renegociação, haurido da boa-fé objetiva, revela-se instrumento poderoso de combate a esses males. É que, por seu intermédio, repactuam-se, caso a caso, em juízo ou fora dele, as bases objetivas e subjetivas do contrato, evitando-se o alijamento do consumidor do processo econômico. A lógica jurídica construída em seu derredor, fundada no princípio da manutenção dos contratos e no dever geral de cooperação, é a de que, nos contratos cuja execução seja protraída no tempo, a parte mais vulnerável tenha direito a rever as bases do contrato, repactuando-as, impondo-se, nessa linha de ideias, ao fornecedor, o dever de cooperar para tal.

Palavras-chave: Superendividamento. Consumidor. Contrato. Dever de renegociação. Boa-fé objetiva. Cooperação.

ABSTRACT

This work has for its object the study of the phenomenon of overindebtedness and its intrinsic relationship with the contracts and the legal category of the general duty of renegotiation. Through an essentially bibliographic research, we seek to emphasize the main aspects that interrelate these issues. It is clear, at the current stage of development of capitalism, the prevalence of a seated economic policy on credit, which ends up generating very strong rates of overall indebtedness. It affects individuals of various classes, economic levels and intellectual profiles, for all, because of the massification of inductive marketing consumer policy are taken to acquire goods and products beyond their needs and financial strength. It hence appears that the loss of control of personal and family expenses and therefore the over-indebtedness. The general duty of renegotiation, derivate of objective good faith, proves to be a powerful instrument to combat these evils. It is that, through you, reconevant is a case in court or out, the objective and subjective bases of contract, avoiding the dumping of the consumer of the economic process. The legal logic built into its environment, founded on the principle of maintenance contracts and the general duty of cooperation is that, in contracts whose execution is protracted in time, the weaker party is entitled to review the basis of the contract, reconevant them, imposing, in this line of ideas, the supplier, the duty to cooperate to do so.

Keywords: overindebtedness. Consumer. Contract. Duty of renegotiation. Objective good faith. Cooperation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR.....	12
2.1 CIDADANIA E SUPERENDIVIDAMENTO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA	12
2.1.1 O modelo de cidadania em Platão	13
2.1.2 O modelo de cidadania em Hegel	16
2.1.3 O direito surgido em meio às revoluções modernas e o modelo de cidadania subjacente.....	18
2.2 CRÉDITO E ENDIVIDAMENTO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA.....	21
2.3 O SUPERENDIVIDAMENTO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	25
2.4 DEFINIÇÃO JURÍDICA DO SUPERENDIVIDAMENTO: UMA ANÁLISE ATUAL DO “ESTADO DA ARTE”	30
2.5 A TUTELA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: DA PREVENÇÃO AO TRATAMENTO	34
3 ASPECTOS GERAIS DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS.....	43
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS.....	43
3.2 CONTORNOS DAS TEORIAS CONTRATUAIS: DA CLÁSSICA À PÓS-MODERNA	48
3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: REFLEXOS NA REALIDADE JURÍDICA ATUAL E NA TEORIA DOS CONTRATOS.....	56
3.4 TEORIAS CONTRATUAIS REVISIONISTAS	62
3.5 DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: TRAJETÓRIA EVOLUTIVA E O ALCANCE DE SUAS FUNÇÕES.....	67
4 LINEAMENTOS SOBRE A CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO.....	73
4.1 TRAJETÓRIA CONCEITUAL DA CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE CONDUTA	73
4.2 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL SOB A PERSPECTIVA PROCESSUAL..	76
4.3 CONCEITO	80

4.4 O DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	82
5. SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO.....	85
5.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A OFENSA A ELA GERADA PELO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO.....	85
5.2 O SUPERENDIVIDAMENTO COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO	92
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

O superendividamento é um fenômeno típico do capitalismo moderno. Ele decorre do crédito fácil e do endividamento global, e é capaz de afetar sujeitos das mais variadas classes, níveis econômicos e perfis intelectuais. Forçados a consumir para poder se inserir socialmente, os indivíduos perdem o controle e se endividam além de seus limites.

Num mundo onde tudo é feito para durar por prazo certo, ou seja, onde existe uma obsolescência programada nos produtos e serviços que são colocados à disposição do consumidor, a ideia que se repassa, cada vez mais com maior naturalidade, é a de que tudo, inclusive o ser humano, é volátil. É em meio a esse contexto de modernidade líquida, identificado por Zygmunt Bauman (2001), que o fenômeno do superendividamento se prolifera e faz suas vítimas.

Considerado por alguns como um mal produzido pela atuação de consumidores perdulários ou pouco previdentes, o fenômeno do superendividamento tem se revelado bem mais complexo do que se possa crer. Além de fatores de ordem econômica, a atuação agressiva das forças do marketing e as armadilhas lançadas no mercado pelo acesso ao crédito fácil e rápido têm exercido forte influência sobre a vontade do consumidor. Está-se consumindo bem mais e, não raras vezes, sem necessidade.

A consequência desse círculo vicioso é que, incapacitado de saldar seus débitos, em razão do alto nível de endividamento a que se submete, o consumidor é posto para fora do mercado. A partir daí seus problemas se agravam. A falta de crédito decorrente das negativações em bancos de dados de restrição cadastral e outros males atrelados ao superendividamento acabam por gerar uma classe de segregados sociais, dos quais se retira, num primeiro momento, o poder de prover a si e à família e, a *posteriori*, a própria dignidade enquanto pessoa e sujeito de direitos.

Tal fenômeno se apresenta, como defende Juliana Andréa Oliveira (2011, p. 93), como séria e grave distorção¹ do sistema capitalista contemporâneo, capaz de

¹ A distorção que vislumbramos aqui é aquela a que Juliana Andréa Oliveira fez menção no seu artigo *O Superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução*, Jornal: Lex

subjugar vontades e impelir indignidade aos consumidores. O ato de adquirir produtos e serviços não pode mais ser encarado apenas sob o prisma da voluntariedade, devendo ser visto sob o enfoque dos fatores externos de indução do interesse, em especial os de ordem psicológica.

Mais do que nunca é preciso realçar os deveres de informação, de controle da publicidade, de educação para o consumo, de integridade à saúde e à segurança, de aconselhamento jurídico e de assistência judiciária, dentre outros. Enfim, as bases jurídicas das relações negociais nas sociedades de consumo estão sendo reorganizadas, de modo a extraírem-se delas interpretações que apontem claramente para a existência de cooperação entre os contratantes e para a preponderância do princípio da boa-fé objetiva.

Em meio a esse contexto, as demandas fundadas no dever geral de renegociação assumem importância fundamental. É que, por meio delas, evita-se a falência privada do consumidor e a morte do *homo economicus*, promovendo-se, ademais, o adequado reequilíbrio contratual. Em outras palavras: é por intermédio dessa categoria jurídica (dever de renegociação) que se faz o devido ajuste, conforme as especificidades do caso, dos conteúdos dos contratos, de modo a promover a manutenção (ou a resolução, a depender do caso) do vínculo com a devida calibragem de suas bases objetivas e subjetivas.

Essa mudança de rumo que se impôs no trato jurídico das relações de consumo, em especial na análise do superendividamento, é reflexo dos avanços que a Ciência Jurídica em geral e o Direito Privado em particular vêm passando nos últimos decênios, máxime no período após a Segunda Guerra Mundial. Por estarem sedimentadas em novas bases constitucionais, elas vêm assumindo posição de destaque, a ponto de reestruturar todo o sistema.

Nesse norte, a doutrina do dever geral de renegociação, de forte ascendência alemã, encontra respaldo nos princípios da boa-fé objetiva e da manutenção dos contratos. Sua essência é permitir que se opere, caso a caso, consideradas as circunstâncias objetivas e subjetivas do pacto, a equivalência material das prestações, de modo a evitar a ruína da parte mais vulnerável. Há, nesse dever, uma nítida mistura de correção e adaptação das cláusulas em função da mudança das circunstâncias.

O dever de renegociação decorre, diretamente, do dever geral de cooperação. A ideia-guia assente em sua constituição é, na esteira do quanto defendido por Clóvis V. do Couto e Silva (2006, p. 167-169), a de que a relação obrigacional, não sendo estática, mas sim encarada sob o ângulo processual, impõe às partes não apenas os chamados deveres prestacionais, mas também uma gama de deveres gerais de conduta. Estes, que vão muito além dos deveres pactuados, encontram na eticidade, na socialidade e na lisura seu efetivo fundamento.

2 SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Buscar-se-á neste capítulo traçar as noções elementares a respeito do instituto do superendividamento, abordando: (a) sua interligação com alguns paradigmas de cidadania desenvolvidos ao longo da história; (b) a intrínseca relação existente entre suas bases e a evolução do crédito e do endividamento excessivo no contexto da modernidade; (c) as ondas de Globalização que culminaram por estabelecer terreno fértil para o seu surgimento; (d) as bases doutrinárias em que estão montados os elementos de sua definição jurídica; e (e) os mecanismos de prevenção e tratamento atualmente postos em prática para minimizar seus efeitos.

2.1 CIDADANIA E SUPERENDIVIDAMENTO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

A cidadania em sua concepção atual pode ser compreendida, essencialmente, a despeito de algumas poucas variações de ordem doutrinária, como o conjunto de direitos e deveres civis, políticos e sociais, capazes de assegurar ao ser humano a proteção à vida e à liberdade, além de acesso irrestrito à Justiça, afastada qualquer submissão à escravidão e aos maus tratos. Os alicerces desse modelo, como sugere Lea Guimarães Souki (2006, p. 41), tomaram projeção no cenário internacional a partir das revoluções inglesas do século XVII, do *Bill of Rights* e da Revolução Francesa.

É com base nesse substrato político, essencialmente inclusivo e no qual se privilegiam a liberdade, a igualdade material e a efetivação dos Direitos Fundamentais, que se tem difundido a defesa do consumidor contra o fenômeno do superendividamento. Seja na Europa ou nos EUA, onde esse nível de proteção é elevado, inclusive na esfera legislativa, seja no Brasil, onde a doutrina especializada alcançou importantes avanços, mas onde a legislação ainda se revela embrionária, são os valores da cidadania que têm servido de alicerce à defesa desses e de outros hipossuficientes.

A razão de ser disso está em que o superendividamento segrega consumidores, desfaz vínculos afetivos, impõe sofrimento pessoal e familiar,

desorganiza finanças, gera instabilidade para o mercado econômico, enfim, afeta diretamente o conjunto de direitos que dão base à vida em sociedade. Em última análise, por força de sua incidência, opera-se um verdadeiro desfazimento dos vínculos entre o consumidor, sua família e o seio social em que vivem.

Como fruto desse desfazimento, adverte Adela Cortina (2009, p. 20), surge um tipo de problema que é nefasto para a cidadania, em especial nas sociedades pós-industriais: a falta de identidade dos membros para com a comunidade. Segundo ela, esse déficit de participação produz a quebra do vínculo de pertencimento e termina por afastar parte dos cidadãos do conjunto da comunidade, resultando impossível, a partir daí, responder-se conjuntamente aos problemas que se apresentam. Os indivíduos, movidos por interesses pessoais, passam a preocupar-se apenas consigo próprio, renegando o compromisso de compartilhar as cargas que a vida comum impõe a todos, o que acaba enfraquecendo a defesa das bandeiras das classes menos favorecidas.

Não sem razão, pois, deve-se tomar por base esse paradigma de cidadania e invocar-se valores morais e éticos, de forte solidez argumentativa, para dar sustentação às políticas, institucionalizadas ou não, em defesa dos consumidores superendividados. Afinal, qualquer modelo de Estado na atualidade deve buscar ser capaz de, como diz Corrêa (2000, p. 217), *garantir às pessoas condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida*.

Mas será que foi sempre assim? Será que a noção de cidadania sempre se prestou à defesa de direitos e à ideia de inclusão social? Objetivando dar respostas a esses questionamentos, começa-se investigando o paradigma de Cidadania em Platão.

2.1.1 O modelo de cidadania em Platão

Platão concebia a cidadania como categoria excludente. Com efeito, ser cidadão em Atenas era prerrogativa conferida apenas àqueles que podiam participar da vida política da cidade, espaço reservado aos homens maiores de 18 anos que tivessem ancestral ateniense de pelo menos três gerações. Era nesse espaço público – no qual prevalecia o poder da palavra e o uso da persuasão através da

retórica - que as qualidades do grupo se exteriorizavam e se enobrecia a coletividade e a ação política.

O grande problema, pelo que se percebe, está no fato de que mulheres, escravos, crianças e estrangeiros não eram incluídos na categoria dos cidadãos; ao contrário: era-lhes negada qualquer participação na *polis*. Sua relação de pertencimento estava afeta apenas à esfera privada (*oikos*), espaço no qual o poder despótico do chefe de família era ilimitado, fortemente arraigado à religiosidade e onde reinava a mais pura desigualdade. À vista disso, cumpria-lhes apenas obedecer obsequiosamente às ordens do seu senhor, não havendo ali espaço para discussões livres e racionais. Fustel de Coulanges (1975, p. 71-72), em *A cidade Antiga*, bem demonstra, pelo que se extrai da passagem seguinte, como era exercido, à época, o poder paterno, e o quanto ele estava vinculado à religiosidade:

O pai é o chefe supremo da religião doméstica: dirige todas as cerimônias do culto como bem entende, ou antes, como as vira praticar seu pai. Ninguém na família lhe contesta essa supremacia sacerdotal. [...] A título de chefe religioso, é o pai o responsável pela perpetuidade do culto e, por consequência, da família. Tudo o que se relaciona com essa perpetuidade, que é seu primeiro cuidado e sua primeira obrigação, só do pai depende. Daí deriva todo um conjunto de Direitos: O Direito de reconhecer o filho ao nascer, ou de o rejeitar. [...] A filiação, mesmo incontestada, não bastava para poder participar do círculo sagrado da família: é preciso haver o consentimento do chefe e a iniciação do culto. Enquanto o filho não estiver vinculado à religião doméstica, nada representará para seu pai. O Direito de repudiar a mulher, quer em caso de esterilidade [...] quer em caso de adultério [...]. O direito de adotar [...]. O Direito de designar, ao morrer, tutor para a mulher e os filhos.

Para Platão, o modelo de cidadania era consequência lógica da lei do desenvolvimento histórico, segundo a qual toda mudança social é corrupção, ou decadência, ou degeneração. Tudo deveria ficar o mais próximo possível do modelo perfeito. Afinal, por as coisas sensíveis permanecerem em constante evolução e por não serem elas a representação original (imutável) de uma forma ideal, estariam condenadas a decair caso se afastassem do padrão. Era preciso mantê-las próximas do modelo-tipo, para que se pudesse dali extrair o conhecimento verdadeiro de sua essência.

Portanto, para Platão, se as classes sociais estavam desde o início da vida gregária divididas em castas, assim deveriam permanecer; se mulheres, crianças, escravos e estrangeiros não faziam parte da *polis*, sendo-lhes supridas apenas as necessidades vitais básicas, nada haveria de mudar; se o chefe de família era o senhor da vida e da morte de seus subalternos, com poder sobre seus destinos, que se mantivesse essa hegemonia. Em resumo: que o modelo de cidadania excludente se perpetuasse. Essa noção platônica de cidadania foi reconhecido por Leo Strauss (2006), em *La ciudad e el hombre*.

O projeto político de Platão também não destoava desse caráter totalitário. Tanto assim que o objetivo a ser perseguido pelo Estado Melhor – imagem do estado ideal - era o objetivo da classe dominante, apenas. Não se levava em conta os interesses de outras categorias, posto que consideradas inferiores. Apenas os sábios deveriam governar, cabendo aos escravos segui-los. A censura das ideias e uma forte propaganda para unificar as mentes, além da vedação de mudanças na educação, na legislação e na religião também faziam parte desse projeto político (POPPER, 1974, p. 100-101).

É nítida, portanto, a base sobre a qual Platão ergueu sua representação de cidadania: uma sociedade de castas, regida pelo imobilismo social e pelo forte apelo religioso, onde tão somente os homens filósofos e sábios ocupariam lugar de destaque, e na qual as mulheres, crianças, escravos e estrangeiros exerceriam papel secundário, fora da esfera pública.

Não é preciso muito esforço de interpretação para se verificar que a morte do *homo economicus* gerada pelo fenômeno do superendividamento revela, guardadas as devidas proporções, um retorno a essa concepção Platônica de cidadania. Isso porque ao se promover o distanciamento do consumidor insolvente do mercado ativo, está-se, na verdade, fazendo operar sobre sua pessoa e a de sua família verdadeiro distanciamento do centro das decisões econômicas, circunstância suficiente para retirar desse ator social parcela significativa da cidadania.

Adela Cortina (2009, p. 87-89) identificou esse fenômeno – o da exclusão do centro de tomada das decisões econômicas – como algo a ser combatido. Segundo ela, a concepção de cidadania na atualidade é uma concepção global e que, portanto, deve envolver diversos aspectos da vida social, dentre eles o aspecto econômico. Afastar o cidadão que recebe os influxos da economia do centro de tomada das decisões é o mesmo que retirar-lhe o poder de participar da vida política

de seu Estado, o que termina por atribuir-lhe a condição de súdito, e não a de senhor como era de se esperar.

Vê-se, pois, por tudo, que esse modelo de cidadania engendrado pelo gênio de Platão não se coaduna com a ideia atualmente difundida do instituto. Mas será que Hegel, séculos depois, também defenderia um modelo igualmente anacrônico de cidadania? Vale dizer: seria possível formular comparação semelhante à realizada acima (cidadania atual *versus* cidadania Platônica) com o modelo proposto por Hegel, e dela extrair substrato para uma análise das bases do fenômeno do superendividamento?

2.1.2 O modelo de cidadania em Hegel

A exclusão dos indivíduos na participação da vida política não se deu apenas na Idade Antiga. Esse panorama de pouca liberdade na vida privada, tão presente na obra de Platão, e que afasta sensivelmente a noção de cidadania da época da visão atual, não deixou de existir nos escritos político-filosóficos de Hegel. A diferença, aqui, é que ele tomou nova roupagem. Com efeito, para o pai do Historicismo moderno, o estado era tudo e, a pessoa, nada. O estado era um ente coletivo dotado de uma vontade geral, pouco importando a satisfação dos interesses dos particulares. A ética prevalente era a ética estatal. A passagem seguinte, extraída de Popper (1987, p. 38), bem revela a idolatria de Hegel à figura do estado:

O Estado é a Idéia Divina tal como existe na terra... Devemos, portanto, adorar o Estado como a manifestação do Divino sobre a terra, e considerar que, se é difícil compreender a Natureza, infinitamente mais árduo será apreender a Essência do Estado... O Estado é a marcha de Deus pelo mundo... O Estado deve ser compreendido como um organismo... Ao Estado complete pertencem, essencialmente, a consciência e o pensamento. O Estado sabe o que quer... O Estado é real; e... a verdadeira realidade é necessária. O que é real é eternamente necessário... O Estado existe ... em razão de si mesmo. O Estado é o que efetivamente existe, a vida moral realizada.

Não é preciso ir muito longe para se verificar que, à semelhança da Antiguidade Clássica, o modelo de cidadania de Hegel está desfocado da totalidade do gênero humano. A essência desse distanciamento parece residir na pouca ênfase dada à liberdade individual, isto é, na importância diminuta conferida ao ser humano enquanto unidade política. Sendo o estado o senhor de tudo, e refletindo sua criação a manifestação divina sobre a terra, não há como se lhe exigir a satisfação de direitos civis, políticos ou sociais. À vista dessa realidade, o indivíduo não passa de servo e, como consequência, o núcleo que caracteriza a ideia de cidadania não encontra espaço para prosperar.

Não por outra razão Karl Popper (1987), ao longo de toda sua obra *Sociedade aberta e seus inimigos*, identificou Platão e Hegel como inimigos da democracia. Segundo Popper, o Historicismo preditivo por eles defendido foi um contributo negativo legado à modernidade. É que essa corrente de pensamento, por advogar a tese de que as coisas têm um fluxo natural, do qual não se pode fugir e que, em essência, as caracteriza, serviu para sustentar o argumento de que certos direitos eram inatingíveis e de que tudo deveria permanecer como estava. Afastar-se desse fluxo seria não só impossível, como indesejável, cabendo ao ser humano e às instituições adaptarem-se a ele.

Como se vê, o modelo de cidadania em Hegel também não é de todo dissociável dos fundamentos atuais do superendividamento. A ideia, aqui subjacente, é a de que o Estado assume a postura de ente dotado de proeminência sobre os indivíduos e, por conseguinte, não se lhe pode cobrar nada, muito menos tentar influir nas suas decisões. Logo, se o modelo de economia vigente foi capaz de alijar o consumidor do mercado ativo, não seria adequado a esse cidadão tentar mudar a realidade, cabendo-lhe apenas aceitá-la.

Nada mais prejudicial, no contexto hodierno, do que esse tipo de associação. Afinal, identificado pelo Estado e pelos grandes grupos econômicos como mero súdito, o consumidor vê-se despidido de cidadania e termina sem poder exercer qualquer tipo de influência nos centros de tomada de decisão, desqualificando-se enquanto interlocutor.

Essa realidade de exclusão e endeusamento do Estado não viria a mudar radicalmente com as revoluções modernas, ocorridas no final do Século XVIII. Tome-se por empréstimo a evolução por que passou o fenômeno jurídico nesse

período e ver-se-á que as feições do modelo de cidadania então vigente ainda estavam bem distantes do modelo atual.

2.1.3 O direito surgido em meio às revoluções modernas e o modelo de cidadania subjacente

Efetivamente, foi no final do século XVI e início do século XVII, ainda no período absolutista, que surgiram as primeiras respostas a respeito de como o direito passou a ser pensado na Europa continental do século XVIII e de como se desenvolveu o primado da lei após a quebra do *Ancien Régime*. Todas elas, porém, unidas por um traço comum: o das teorias exclusivistas do direito.

Calcadas basicamente na doutrina política de nomes como Jean Bodin e Thomas Hobbes, tais teorias experimentaram incutir e fazer prosperar nas mentes dos estudiosos de então o conceito de que o direito poderia ser construído à semelhança das ciências teóricas. Não são poucos, como adverte Gustavo Zagrebelsky (2005), os que, ainda hoje, forte nessas afirmações, imaginam que o fenômeno jurídico possa ser concebido como um simples conjunto fechado de regras, válidas em si mesmas e desenvolvidas umas a partir das outras como que num raciocínio matemático.

A considerar pelas características que assumiu num primeiro momento, o Estado Liberal bem que poderia ser posicionado a uma distância abissal desse modelo de concepção do direito. Afinal, a teoria separatista dos poderes, desenvolvida pelo gênio de Montesquieu, teve como primeiro objetivo acabar com o despotismo que grassava no Antigo Regime. Para o barão francês, a divisão das funções estatais em diferentes mãos faria surgir um sistema de autocontrole que sufocaria as tendências absolutistas e equilibraria o exercício do poder, impedindo abusos.

Ocorre, porém, que a experiência histórica revelou o contrário. Isso porque o primeiro dogma a se decantar com o advento do Estado Liberal foi o de que a lei era ato supremo e, portanto, valia desde que advinda de autoridade legislativa competente, pouco importando se vinculada aos ideais de justiça ou não.

O fenômeno jurídico e, como consequência a noção de cidadania, à vista daquele contexto, resumia-se ao primado da lei. Esta, em seus mais variados níveis,

já valia pela autoridade de quem a proclamava, pouco importando sua carga deontológica. A igualdade dos cidadãos, enquanto valor fundante, não passava de mera previsão legislativa. A forma prevalecia surpreendentemente sobre o conteúdo. Falar de obediência ao princípio da legalidade era sinônimo de uma simples atividade lógica, bem distante de um trabalho complexo de engenharia interpretativa. Distribuir justiça e promover inserção cidadã pressupunha tão-somente a subsunção do fato ao texto da norma. Enfim: a lei tornara-se o único direito e a única fonte de poder. E, é claro, a cidadania não se aperfeiçoava.

Com o passar do tempo, e mantidas as bases, operou-se, como não poderia deixar de ser, um superdimensionamento do Poder Legislativo, suficiente para colocar os demais poderes em posição de inferioridade. Consequência disso foi que a prerrogativa de criar o direito, antes dividida, passou a concentrar-se nas mãos de um só daqueles poderes da teoria separatista, contrariando a ideia original de igualdade e liberdade. O imaginário de Montesquieu servira, pois, a um fim espúrio, nem por ele mesmo previsto.

Difícil, portanto, imaginar que, à vista desse cenário, a noção de cidadania pudesse ser desenvolvida de modo a privilegiar os direitos fundamentais e os ideais de justiça. Até mesmo porque isso exigiria, como o constitucionalismo moderno já foi capaz de revelar, uma posição estatal proativa, algo inadmissível para a época se considerado o fato de que a ideologia do Estado Liberal se assentava toda no não intervencionismo.

De mais a mais, o positivismo jurídico acrítico, então em vigor, servia fortemente à tese da supremacia legislativa. É que o exercício do poder jurisdicional estava afeto a um corpo de magistrados obsequiosos, extremamente compenetrados em reforçar a estrutura de poder vigente, segundo a qual o juiz era apenas a boca da lei. Além disso, não havia o menor espaço para que autoridades judiciárias ou quem quer que fosse interpretasse a norma, já que ela fora concebida para abarcar e resolver satisfatoriamente todas as situações. Tentava-se com isso passar a falsa ideia de que o sistema era algo fechado, completo e perfeito.

Logo, por mais que se defendesse a liberdade das pessoas enquanto membros da sociedade, dotados de força para decidir e para guiar os destinos da coisa pública, a dependência a esse modelo de legislação era algo de que não se podia fugir.

Avançando um pouco no tempo, pode-se objetar a concepção da ordem jurídica do Estado liberal, vinculada inicialmente na noção de uma igualdade puramente formal, com as críticas de Roscoe Pound (2004). Para este filósofo do Direito, os juristas deveriam conhecer as situações de fato sobre as quais incidia a norma, numa clara demonstração de que não é bastante aplicar a lei de modo igualitário entre indivíduos desiguais, mas sim conhecer a realidade a ela subjacente.

Segundo Pound (2004), o aplicador da norma jurídica precisaria relacionar a norma enquanto preceito à solução de problemas concretos, de modo a disponibilizar ao mundo prático todo um universo teórico possível. Essa sua forma de ver o fenômeno jurídico, fundada num matiz de forte perspectiva sociológica, fez nascer a jurisprudência sociológica e é uma reação ao formalismo e ao utilitarismo inglês, tendo influído decisivamente para a criação do realismo jurídico nos Estados Unidos da América do Norte.

Nesse sentido, Enoque Feitosa (2009, p. 40) defende que o realismo jurídico foi um movimento doutrinário capaz de combater o modelo hermenêutico difundido pela Escola da Exegese. É que, por seu intermédio, adotou-se, no trato das questões jurídicas, uma concepção menos normativa e mais voltada aos reais problemas do mundo da vida. Não seria ele (o realismo), pois, uma doutrina abstrata, de viés legalista, mas sim uma teoria voltada à realidade. A passagem seguinte da obra do referido professor bem revela essa noção:

Enfim, o realismo jurídico seria um movimento doutrinário de cunho anti-metafísico que se desenvolveu nos EUA e países escandinavos e situa-se na linha de concepções que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola da exegese e se caracteriza por uma forma de reação contra a atitude de um legalismo normativista. Assim o realismo não se limitou apenas em dizer que as normas jurídicas não são dotadas de virtudes prévias assinaladas pelo formalismo jurídico.

Pelo que se vê de tudo quanto se expôs até aqui, a noção de cidadania antes do advento do Estado Contemporâneo era excludente, não universal, pouco voltada à totalidade de direitos e deveres e à efetiva participação dos cidadãos nas esferas de poder. Foi somente após a Segunda Guerra mundial, com a onda de

constitucionalização dos direitos e com a sedimentação da Teoria dos Direitos Fundamentais, que se passou a pensar numa defesa mais efetiva dos direitos dos cidadãos, seja em face do Estado sejam em face do mercado.

É em meio a essa nova realidade de respeito a direitos e prerrogativas que se deve relacionar cidadania e superendividamento. Em especial quando a doutrina moderna (CORTINA, 2009) aponta para a existência de verdadeiro conceito de cidadania econômica que, como visto, está voltada à participação efetiva, com poder de influência, de todos os cidadãos que forem afetados pelas decisões da esfera dominante.

Imaginar o contrário, ou seja, que o superendividamento não deva se relacionar com o modelo atual de cidadania, seria o mesmo que defender a existência de agentes econômicos aptos a agir segundo uma ética própria, bem dissociada de interesses universais. Logo, remeter o consumidor endividado ao recôndito de ilhas desertas de participação, afastando dele o poder de influir nas decisões e de reinserir-se no mercado, mediante o exercício de instrumentos de cidadania econômica, é negar-lhe direito à própria cidadania.

E como se espera que qualquer atividade social seja desenvolvida com ética, para adquirir o mínimo de legitimidade, afigura-se totalmente descabido, máxime hoje em dia, a defesa de uma política refrativa a certos segmentos sociais, o que vale em tudo por tudo aos cidadãos consumidores superendividados.

A noção de que a sociedade moderna já não é mais aquela da época das grandes codificações, mas sim uma sociedade infinitamente mais complexa e, portanto, voltada a problemas de difícil solução, bem revela a necessidade de se fazer uso de novos instrumentos de proteção e defesa do consumidor, em razão da hipossuficiência que este ostenta.

2.2 CRÉDITO E ENDIVIDAMENTO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

O crédito sempre se fez presente nas relações de consumo, desde tempos imemoriais. Como quase nunca foi possível à totalidade dos sujeitos adquirir, com base em suas próprias economias, tudo aquilo que lhes interessava, a promessa de pagamento futuro ou a prazo, calcada na honra e no bom nome, revelou-se, desde cedo, importante instrumento de profusão de riquezas.

Registros históricos apontados por J. Declareuil (1928, p. 314) dão conta de que, já em Roma, no período clássico, o direito ao crédito restou regulado. À época, havia duas formas de se adquirir bens com base nele: uma por meio da compra a prazo e, a outra, por intermédio do então chamado empréstimo com interesse. Ambas estavam fundadas na confiança e na solvência do devedor, bem assim num razoável sistema de garantias.

A responsabilização dos devedores, que nesse tempo era pessoal e, portanto, inibia o crédito, posto que dava ao credor poder sobre a vida e a morte do inadimplente e de sua família, transmutou-se com o advento da *Lex Poetelia Papiria* (428 a.C.), que proibiu a responsabilidade pessoal nos empréstimos em dinheiro e passou a prever um modelo de responsabilidade do tipo real, no qual somente os bens daquele que não honrou a avença sofriam constrição. Restara estimulado o crédito.

Ao lado dessas, muitas outras mudanças de ordem legislativa em prol do tomador de empréstimos foram introduzidas no Direito Romano, o que, segundo Javier Battello (2006, p. 214) revelou a passagem de um sistema fundado na *escravatura ou morte por dívidas para um sistema caracterizado pela liberdade do devedor e pelo tratamento igualitário entre credores*.

Na Idade Média, contudo, o crédito diminuiu, sensivelmente. Ocorreu que, em razão da forte influência da Igreja Católica e dos cânones do Cristianismo, em especial daquele que considerava pecado a prática da usura, os cidadãos, em sua maioria submetidos ao fortíssimo poder temporal, viram-se desestimulados a endividar-se. O crédito, como bem ressaltou Cinara Palhares (2010, p. 32), tornou-se, àquele tempo, praticamente inexistente, *sendo uma atividade desempenhada, sobretudo, pelos judeus, que não se sujeitavam a esses modelos cristãos*.

O sistema feudal de produção também influenciou na diminuição da oferta de crédito na Idade Média. É que tal sistema era caracterizado, dentre outros elementos, pela existência de mercados regionais pouco afeitos ao comércio em larga escala, em nada equiparáveis aos mercados que o Império Romano foi capaz de construir ao longo dos séculos. Além disso, a economia que nele preponderava era uma economia essencialmente rural, destinada tão só à produção de bens para prover as necessidades de subsistência nos feudos, e não para gerar excedentes a serem comercializados.

Outro fator que inibiu o crédito no Medievo foi o recrudescimento do regime de responsabilização dos devedores. Todos aqueles avanços alcançados pelo Direito Romano foram postos à margem e desconsiderados nesse período. Voltou-se a fazer uso do sistema de responsabilidade pessoal, o que gerou forte opressão sobre a pessoa do devedor e de sua família. Tais fatores se revelaram mais do que sintomáticos da diminuição do crédito. O reequilíbrio só viria mais tarde, com o advento do Estado Moderno.

Não se imagine, contudo, que a Independência dos EUA (1776), na América, e a Revolução Francesa (1789), na Europa, marcos históricos do surgimento desse novo paradigma estatal, tenham sido suficientes para gerar um incremento do crédito nos moldes em que o conhecemos hoje. Em que pese a fantástica contribuição que esses acontecimentos deram ao desenvolvimento da produção, à formação de grandes mercados e à livre comercialização de produtos nas capitais, a ponto de o comércio mundial triplicar entre 1780 e 1840, como registrou Fábio Konder Comparato (2006, p. 417), seria mesmo com a Revolução Industrial, e com o avanço tecnológico que lhe serviu de esteio, que o crédito tomaria feições colossais.

A ambiência dos séculos XVIII e XIX, gerada pelo alastramento das bases do sistema capitalista de produção, fizera surgir novos hábitos de consumo, novas técnicas de produção em massa e, talvez o mais importante para o incremento do crédito, um movimento de uniformização universal dos costumes capaz de gerar necessidades em escala planetária. Marx e Engels, citados por Fábio Konder Comparato (2006, p. 416), prevendo o quanto isso influenciaria na economia do mundo, fizeram o seguinte registro:

Os (mesmos) produtos industriais são consumidos não apenas no próprio país (onde são fabricados), mas em todas as partes do mundo. As antigas necessidades, satisfeitas por produtos locais, cedem lugar a necessidades novas, que exigem, para sua satisfação, produtos de países e climas os mais longínquos. O primitivo isolamento e a autarquia local e nacional são ultrapassados pelo tráfico e a interdependência universal de nações.

É nesse período que se assentaram as categorias jurídicas da autonomia da vontade, da força vinculante dos contratos, da propriedade privada e se encontrou

no positivismo jurídico o modelo de conceber e fazer valer o Direito. Tudo, ressalte-se, como decorrência de uma política econômica que exigia segurança jurídica e equilíbrio e estabilidade nas relações negociais.

Mas seria de fato no pós 2ª Grande Guerra, com a prevalência da ideologia neoliberal, que acabou por suplantar as bases do *Welfare State*, que o mundo viveria, como nunca antes ocorrido, uma explosão de crédito e consumo. Essa fase pós-modernista foi marcada, como apontou Cinara Palhares (2010, p. 35), pela desregulamentação do mercado financeiro, pelo desenvolvimento de bancos de dados para classificação do crédito e minimização dos riscos, pelo avanço dos meios de comunicação de massa e pelo incremento do crédito específico para o consumo. Estavam assentadas as bases para a implementação da ideologia da inserção social pelo bem-estar decorrente do ato de consumir.

À vista desse cenário, o reconhecimento da relação entre crédito e endividamento é mais do que intuitivo, a despeito de ela ter variado ao longo do tempo conforme os modelos de organização social e de produção utilizados para conduzir a economia e gerar riquezas. Mas também é intuitivo que, com o advento do padrão de cultura voltado ao consumo excessivo, o endividamento fosse capaz de gerar superendividamento, e todos os males daí decorrentes.

Pelo que se vê, o crédito foi elemento sempre presente na sociedade, funcionando como fator de estímulo ao consumo. Mas foi com base no modelo capitalista contemporâneo, de forte viés neoliberal, em meio à sociedade de consumo, que ele passou a ser considerado como pressuposto indispensável à dinamização do mercado e ao incremento das relações negociais, a ponto de José Reinaldo de Lima Lopes (1996, p. 109) sugerir que o crédito *pressupõe um movimento perpétuo, jogando para o futuro uma perspectiva de incessante crescimento e desenvolvimento*.

É em meio a essa perspectiva de constante evolução do crédito e da cultura do consumo, registrada pelo professor paulista, que os problemas econômicos e sociais a exemplo do superendividamento se avolumam, principalmente nas sociedades de desenvolvimento tardio, nas quais a efetividade dos meios legais e das políticas de proteção ao consumidor não tem se revelado satisfatória. A propósito, veja-se:

Outro aspecto a ser lembrado é a situação particular do consumidor em países subdesenvolvidos. Benjamin (Benjamin, 1994) adverte para distinção entre problemas de *qualidade* dos bens e serviços e os problemas de *disponibilidade*: o direito de defesa do consumidor está voltado para os primeiros, não para os segundos, por enquanto, embora o segundo seja essencial nos países pobres. Ou seja, existe nas sociedades periféricas e pobres um problema anterior ao de qualidade, que poderíamos chamar de integração econômica das massas, ou extensão da cidadania econômica (de um certo ponto de vista). Há uma política do consumidor, ao lado de um direito de defesa do consumidor.

Crédito e endividamento são, pois, duas faces de uma mesma moeda. Quando bem utilizados, assumem a condição de importante instrumento de desenvolvimento e controle da economia, a ponto de serem considerados bens coletivos; quando não, acabam por gerar uma série de males sociais e econômicos, em especial o superendividamento do consumidor.

2.3 O SUPERENDIVIDAMENTO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

A economia monetarista de viés neoliberal é capaz de produzir grandes males. Especulação financeira, quebra de parcela da soberania dos estados nacionais, imposição da *ideologia do pensamento único* (NUNES, 2002, p. 16) e a desumanização das relações negociais são alguns desses graves problemas dela decorrentes. Um, contudo, tem gerado especial preocupação, principalmente no âmbito dos estados de modernidade tardia, a exemplo do Brasil: o superendividamento do consumidor pessoa física de boa-fé.

As ondas de globalização² impuseram mudanças significativas na economia do mundo. Já no século XV, as viagens oceânicas dos portugueses foram capazes de fazer surgir novos mercados e de remodelar os sistemas de produção, desmantelando a economia feudal até então prevalente.

² A ideia de ondas de globalização é defendida amplamente na doutrina, dentre outros, por Avelã Nunes (2002, p. 16 e ss.). Segundo ele, a primeira onda se formou com as viagens oceânicas dos portugueses a partir do séc. XV; a segunda teria nascido com a corrida exploratória das potências às colônias; e, a terceira, com ampla projeção atualmente, surgira com o advento da economia planificada e de massa, calcada num mercado financeiro de ideologia comum.

Conhecidas como Grandes Navegações, as viagens, que inicialmente eram dirigidas à Ásia, à África e à América do Sul, objetivavam descobrir e conquistar novos territórios e povos, subjugando-os. A investida teve sucesso principalmente quando Vasco da Gama, na condição de comandante de uma esquadra de caravelas, chegou às Índias. A partir daí, Portugal dominou o comércio da Europa, transformando-se em superpotência. Todas essas mudanças só se tornaram possível em razão da política de pilhagem das colônias e da adoção do regime de produção escravista.

Novas mudanças significativas na economia, capazes de gerar nova onda de globalização, só viriam a ocorrer no fim do século XIX, com a chamada *segunda revolução industrial*. Nesse período, em que foi sensível a melhora dos transportes e da comunicação, e bem diferentemente do que acontecera na onda globalizatória anterior, onde a colonização assumiu sua feição mais bruta e cruel, a política econômica passou a reconhecer as colônias como fonte vantajosa de alocação de capitais. A exploração persistiu, só que agora mediante uma forma sistemática e bem mais sofisticada de domínio.

Mas foi apenas com a consolidação do atual processo globalizatório³, fato ocorrido a partir da década de 1970 com a crise do petróleo no Oriente Médio e com o abalo dos sistema de Bretton Woods, que a economia monetarista se impôs e fez sentir fortemente os seus efeitos. Operou-se, em razão dessa nova realidade, um feixe elevadíssimo de relações negociais de massa com alto grau de complexidade, fortemente caracterizadas pela despersonalização e pelo anonimato dos serviços prestados (LOPES, 1996). Bens, serviços, produtos financeiros e tecnologias⁴ passaram, de forma inédita, a ser produzidos em escala planetária.

A base de sustentação desse novo modelo de economia globalizada caracterizou-se, dentre outros fatores, pela integração em nível mundial de mercados e estados nacionais, bem assim pela desterritorialização das atividades de produção e consumo. O mundo passou a ser, como nunca o fora, uma *aldeia global*⁵ composta por uma sociedade de classes e de massas, onde as fronteiras

³A Globalização aqui referida é, no dizer de Avelã Nunes (2002, p. 16 e ss.), a de terceira onda.

⁴ O fenômeno da Globalização econômica não se limitou a integrar a produção e a disponibilização de bens e serviços. Incluiu, também, até como forma de expandir sua projeção, produtos financeiros e tecnologias na sua pauta, o que gerou ainda mais forma ao modelo.

⁵ Essa metáfora é de M. McLuhan.

geográficas já não importam tanto quanto no passado, e onde é possível engendrar formas antes impensadas de interação e influências da economia.

Esse novo modelo de Estado, que foi capaz de abrir o mercado consumidor, de criar modos de produção sofisticados, de atribuir maior mobilidade ao capital e de planificar a economia, fez implantar, segundo Maria Luíza Feitosa (2005, p. 140), uma lógica inversa à lógica prevalente em períodos imediatamente anteriores (Estado Liberal e do Estado Social). Segundo ela, a partir do modelo de estado neoliberal, houve um reforço sensível da influência da economia nos destinos dos países e, em contrapartida, um enfraquecimento da política. Não por outra razão, Keniche Ohmae, citado por Anthony Giddens (2001, p. 39), referindo-se ao atual modelo, fez a afirmação de que *vivemos num mundo sem fronteiras, em que o Estado-nação se tornou uma ficção e em que os políticos perderam todo o seu poder efetivo*.

Nas bases desse rearranjo de forças estavam as Organizações Multilaterais Intergovernamentais, das quais são exemplo a ONU, o FMI, o GATT, o Banco Mundial e os Tribunais Internacionais. Elas foram gestadas para dar sustentação ao novo modelo de economia que viria e, também, para financiar os estados necessitados, estabelecendo, em contrapartida, diretrizes a serem adotadas no âmbito das políticas internas destes. Segundo Fernando Herren Aguilar (2002, p. 54), o que caracteriza as relações entre esses entes é *a existência de tratados internacionais em que os países se submetem às regras que eles próprios firmaram*.

Ainda como fruto da terceira onda de globalização vieram os blocos econômicos regionais e comunitários. Os estados nacionais, objetivando ampliar sua base de comércio e tencionando criar modelos próprios de regulação que atendessem a um só tempo aos seus interesses e aos de seus parceiros comerciais, organizaram-se em blocos. Assim surgiram a União Europeia, o Mercosul e o NAFTA.

Nesses conglomerados econômicos, em razão do surgimento de uma zona de interesse comum, problemas antes existentes e que impediam o comércio em grande escala, como barreiras tributárias, alfandegárias, política interna protetiva e subvencionamento, ou foram minorados ou deixaram de existir, abrindo as portas para a integração. Relações negociais antes impossíveis, tornaram-se facilmente viáveis.

Mas nada disso teria ocorrido não fossem alguns pressupostos de ordem estrutural. A inovação tecnológica foi um deles. Sem ela fica difícil imaginar tudo isso acontecer. Foi com a expansão da rede mundial de computadores e com os avanços da informática e dos sistemas de transporte que se criaram novas técnicas de comunicação e comercialização de produtos e serviços, favorecendo-se como nunca o *e-commerce* e outras práticas negociais.

Diferentemente de antes, uma massa bem maior de indivíduos e empresas passou a ter acesso rápido, direto e em tempo real ao mercado financeiro. Transações antes realizadas em países distantes e com altos custos de deslocamento, passaram a ser feitas pela internet ou por videoconferências, sem a presença de intermediários. Os grandes investidores internacionais viram afastar-se naturalmente da cadeia negocial as bancas de entremediação e, com elas, parte considerável dos seus gastos. O financiamento de bens e produtos transmudou-se de indireto para direto (NUNES, 2002, p. 17).

Quem ganhou força em meio a esse contexto de globalização econômica foram as acima citadas Organizações Multilaterais Internacionais. Instituições como FMI, Banco Mundial, OMC e outras passaram, posto que haviam sido criadas para atingir esse objetivo, a exercer influência gigantesca nos destinos da economia do mundo, muitas vezes maior até do que a influência exercida pela política econômico-financeira posta em prática pelos estados em seus ambientes internos.

Tanto é assim que, hoje, não há uma só vertente da economia dos estados nacionais que passe completamente ao largo da atuação dessas entidades. Em que pese os países desenvolvidos exercitarem uma política nacional-protetionista, que aponta para a adoção de regras locais na resolução dos conflitos econômicos, não há como deixar de reconhecer que, mesmo assim, eles terminam por se sujeitar em alguma medida à autoridade de tais organismos.

Com efeito, em que pese caracterizar-se como fenômeno plural, isto é, com ascendência em diversos outros aspectos da vida humana (cultural, político, filosófico e ideológico), é na esfera econômica que a atual onda de Globalização faz prevalecer suas estratégias de projeção, impacto e controle.

Mas, afinal, como essa preponderância de influência da globalização na economia conseguiu atingir a pessoa do consumidor, levando-o ao superendividamento?

De fato, com a quebra das fronteiras entre os estados e o surgimento de novos paradigmas de produção, o apelo consumista se intensificou e, com ele, a busca por produtos e serviços (AGUILLAR, 2009, p. 59-61). Alimentados pelo crédito fácil, e vislumbrando no ato de consumir uma forma de inclusão social antes impensada, as pessoas passaram a endividar-se frequentemente e bem acima do limite de sua capacidade de reembolso (MARQUES, LIMA E BERTONCELLO, 2010, p. 21 e 24).

Os efeitos nocivos e perniciosos de toda essa composição passaram a ser sentidos mundo afora, em especial nos países pobres e não desenvolvidos. Afinal, com a plena liberdade de trajetória do capital, aumentaram a especulação e a oferta irresponsável de crédito, principalmente para a camada mais pobre dos consumidores. Isso acabou elevando a renda desses indivíduos e estimulando o consumo. Estavam assentadas as bases do superendividamento.

O maior exemplo de adoção plena desse modelo econômico consumista, como bem apontam Marques e Frade (2003, p. 27-34), ocorreu nos EUA. Antes mesmo do que a Europa Ocidental, os americanos identificaram no aumento massivo da concessão de crédito a via adequada para a inserção no mercado consumidor de uma gama enorme de pessoas. Isso aumentou o consumo, com era de se esperar, e, por outro lado, também mudou a feição da economia, antes calcada na poupança e na responsabilidade financeira, transformando-a numa economia de endividamento.

A adoção desse modelo não tardaria a espalhar-se mundo afora. A diferença de seus efeitos, contudo, seria bastante visível entre as nações, em especial naquelas caracterizadas pela economia pouco sólida ou pelo desenvolvimento incompleto. Em razão dessa oscilação, bem assim da necessidade de as grandes potências manterem mercados consumidores na América do Sul e na África, passou-se a sentir, na atuação daquelas, um fortíssimo ataque às bases da soberania dos estados mais fracos, revelado de modo expresso no surgimento de práticas que acabaram por mitigar o poder desses estados na condução de sua política econômica⁶ interna.

⁶ Exemplo de proa de doutrina nesse sentido é a *global governece*. De origem anglo-saxônica, essa política econômica defende a ideia de que os estados nacionais não estão aptos a conduzir os destinos de sua economia no mundo globalizado. Essa tarefa, por produzir efeitos além das fronteiras internas das nações, não deve e não poder ser confiada a organismos financeiros locais. Ela

Tornou-se imperativo no mundo periférico adotar a política da plena liberdade de mercado, da pouca regulação estatal e da elevação social pelo consumo. Mas foi na imposição da concessão de crédito em larga escala à grande massa de consumidores, imposta aos países pobres e não desenvolvidos pelos EUA, pela Europa e por organismos internacionais, que se caracterizou tal ingerência na soberania.

Fazendo girar um maior volume de capitais no mercado, e com o aumento da produção e disponibilização de bens e serviços, o consumo ficou à reboque dos sabores de um mercado financeiro volátil, assentado em capitais especulativos e na vontade de organismos internacionais, pouco restando fazer aos Estados em suas economias internas para minimizar os efeitos colaterais daí decorrentes.

No contexto social brasileiro, a influência dessa política mundial de incremento na concessão de crédito ao pequeno consumidor e de incentivo ao consumo são visíveis, principalmente se se considerar que o crédito para pessoa física responde hoje, segundo a FEBRABAN, por 50% do crédito concedido por todo o Sistema Financeiro Brasileiro. Esclarecedoras a esse respeito são as palavras de Marques, Lima e Bertoncello (2010, p. 18):

Note-se ainda que a pobreza diminuiu no Brasil, nos últimos 14 anos, cerca de 22%, em uma média de diminuição de cerca de 5,2% ao ano, e a força de compra do salário-mínimo aumentou nos últimos 10 anos em 90%, se comparado com o aumento de custos de consumo, o que resultou em um aumento do consumo por família de 0,91 em 2002 para 5,26 em 2007. O crédito para pessoa física aumentou 8 vezes, segundo a FEBRABAN, e hoje já é responsável por quase a metade do crédito concedido por todo o sistema financeiro brasileiro. Isso propiciou uma verdadeira explosão do crédito ao consumidor no Brasil. [...]

2.4 DEFINIÇÃO JURÍDICA DO SUPERENDIVIDAMENTO: UMA ANÁLISE ATUAL DO ESTADO DA ARTE

O endividamento crônico, assim entendido aquele que é capaz de gerar superendividamento, foi batizado com diversos nomes mundo afora: na França,

acabaria, em última análise, a entidades internacionais, presumivelmente mais preparadas para desenvolver essa atividade.

berço de estudos profícuos a respeito de sua natureza e de mecanismos eficazes de proteção e controle, ele é chamado de *surendettement*; nos países de tradição germânica, ele é conhecido como *Überschuldung*, a exemplo da Alemanha; em Portugal, cujas Universidades se dedicam de há muito ao estudo da questão, ele é chamado de *sobreendividamento*, de modo a refletir uma espécie de endividamento voraz que é capaz, de fulminar os limites do orçamento mensal dos consumidores; nos Estados Unidos da América do Norte, Reino Unido e Canadá, o termo utilizado para identificar o superendividamento é o *overindebtedness*, seguindo, em essência conceitual, a mesma linha dos portugueses.

No Brasil, adotou-se o termo *superendividamento*. Esse nome possui uso corrente tanto na doutrina especializada quanto na legislação, e se originou da lei francesa, pois o termo *superendividamento* vem da tradução do neologismo *surendettement*, traduzindo-se *sur*, que vem do latim e tem o significado de *super* (Costa, 2006, p. 231, nota 4).

Foi essa mesma legislação francesa que, no art. L.330-1 do *Code de la Consommation*, previu o superendividamento assim: A situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas. Tal definição é bastante difundida e serviu de base a inúmeros estudos realizados mundo afora a respeito do tema.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 256), certamente mirando no exemplo francês e com vistas a contribuir para a edição de legislação específica sobre o endividamento no Brasil, o definiu como a *impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo* (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos).

Por sua vez, na Europa, Manuel Leitão Marques (2006, p. 27-34), defensor da ideia de que o superendividamento é um fenômeno estrutural que reclama tratamento conjunto, sustenta que ele se revela *pela impossibilidade manifesta de o devedor de boa-fé fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais vencidas ou vincendas*.

Em todas essas tentativas de se definir o fenômeno fica claro que, independentemente do país ou região, é o endividamento excessivo, voraz, além dos limites da capacidade financeira do consumidor pessoa física de boa-fé que

deve ser considerado, num primeiro momento, para defini-lo juridicamente. A noção de extraordinário e de não efêmero ou passageiro é, portanto, o núcleo para sua identificação preliminar. Tanto é assim que os países que já possuem legislação definindo o instituto incluem esse pressuposto como sendo pressuposto essencial.

Não é, pois, qualquer tipo de endividamento que bastará para o enquadramento do consumidor na condição de superendividado, a merecer a devida proteção estatal. Apenas aquele de feição extraordinária e manifesta servirá a tanto. A iliquidez momentânea ou o mero descumprimento⁷, ainda que de porte elevado, não se prestará a tal fim; nem também aqueles débitos que, a despeito de elevados em sua extensão, encontram-se dentro da capacidade econômico-financeira do tomador do crédito.

José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 5), a propósito do tema, e pontuando que a noção de endividamento é algo comum na sociedade de massa em que vivemos, sustenta que até mesmo os casos de grande endividamento, como o dos empréstimos para aquisição da casa própria, tão presentes no modelo do sonho americano e naquele difundido no Brasil a partir da década de 1960 com o Sistema Financeiro de Habitação - SFH, não são suficientes para caracterizar o superendividamento. Isso porque eles estão vinculados a um tipo de consumidor com estabilidade financeira e profissional, com condições presentes e futuras de solvabilidade.

O tipo de endividamento que preocupa, segundo ele, e que é capaz de gerar superendividamento com maior facilidade, é, este sim, o que *deriva, sobretudo, do aumento de recursos necessários para prover a subsistência* (LOPES, 2006, p. 5). Ou seja: é aquele endividamento utilizado para financiar despesas comuns do dia a dia e para adquirir bens não duráveis. O crédito pessoal oriundo do cartão de crédito e do cheque especial assume lugar de destaque nesse cenário e contribui decisivamente para o incremento do problema.

Como se vê, o superendividamento pressupõe o esgotamento global das forças econômicas do consumidor pessoa física de boa-fé, evidenciada na sua incapacidade manifesta de saldar, com o seu patrimônio atual, suas dívidas não profissionais, presentes e futuras.

⁷ Ressalte-se, a bem do esclarecimento, que nem todo superendividamento pressupõe descumprimento, efetivo ou potencial, ao passo que nem todo descumprimento, como se defende ao longo do texto, é capaz de revelar superendividamento. Impõe-se, portanto, não equiparar os fenômenos.

Mas que dívidas seriam essas? Todas elas, ou somente aquelas oriundas da atuação do sujeito na condição de consumidor pessoa física?

Parece haver consenso, tanto na doutrina nacional como nas legislações estrangeiras que regem o trato do problema, de que as dívidas que vem sendo consideradas aptas a gerar superendividamento são aquelas que não se enquadram no conceito de dívidas profissionais. Isso ocorre pela simples razão de que tais dívidas devem ser tratadas por uma fatia específica da legislação, responsável por cuidar dos débitos do *produtor, profissional liberal, agricultor ou fabricante e das pessoas jurídicas em geral, que podem falir* (MARQUES, 2011, p. 575).

Nesses casos, o indivíduo é tido não como pessoa física leiga adquirente de bens e produtos, mas sim como produtor, comerciante e, como tal, deve ser tratado, inclusive sob o aspecto jurídico. Não se podendo, pois, dar tratamento dúplice à sua pessoa, de modo a reconhecê-lo consumidor e comerciante concomitantemente, coloca-se esse tipo de dívida fora do âmbito de incidência do superendividamento.

Outra categoria de débito que também não serve à configuração do fenômeno em questão é a de natureza tributária. Por decorrer de vínculo não voluntário, de essência não consumerista e por também possuir regramento legal específico, as dívidas oriundas da relação fisco/contribuinte ficam de fora da definição de superendividamento. Uma eventual crise de solvência decorrente do desequilíbrio entre os sujeitos participantes dessa relação merece tratamento pelo Direito Tributário, mediante os instrumentos que lhe são próprios, e não do Direito Privado, visivelmente inadequado ao trato do problema.

Por fim, a despeito da opinião em contrário de alguns (NETO, 2009, p. 18), não merecem fazer parte do universo de débitos capazes de caracterizar o superendividamento as dívidas decorrentes de ilícito e as de alimentos. E a razão de ser disso parece fácil de ser percebida. É que nenhuma delas é decorrente de uma relação de consumo. Com efeito, ao ficar obrigado a pagar débitos oriundos de delitos que praticou ou de alimentos fixados em favor de outrem, a pessoa física não está praticando ato de consumo. Isso é suficiente para fazer com que os atos desse tipo não sirvam à definição do superendividamento.

Avançando na definição, podemos identificar a boa-fé como requisito essencial à configuração do superendividamento. Elemento de há muito presente nas relações negociais, em razão da elevação dos aspectos cooperativos que se termina por atingir por seu intermédio, a boa-fé é tida como essencial à configuração

do endividamento excessivo. O consumidor, portanto, para invocar a proteção que decorre da condição de superendividado deverá revelar boa-fé.

No caso, essa boa-fé carece ser demonstrada caso a caso, de modo a caracterizar o perfil subjetivo do consumidor que lhe é subjacente, bem como de forma a se evitar o artifício ou o ardil. E mais: isso precisa ser feito tomando-se por base o período da aquisição dos créditos. Vale dizer: caberá ao consumidor evidenciar que, quando firmou os contratos que terminaram por lhe fornecer crédito para aquisição de produtos ou serviços, tinha condições mínimas de saldá-los, ou seja, de que os débitos futuros estavam dentro de seu orçamento; de que aquelas aquisições não estavam, *prima facie*, além demasiadamente de suas possibilidades e de sua capacidade de solvabilidade futuras.

Por fim, há de se ressaltar que o superendividamento só se configura quando houver incapacidade manifesta de o devedor honrar seus compromissos. Essa incapacidade se revela, segundo a melhor doutrina (MARQUES, 2006, p. 258), na proporção em que uma análise global entre o patrimônio do devedor e suas dívidas apontar para a impossibilidade momentânea e, também, duradoura de solvabilidade. É dizer: apenas uma análise do conjunto dessas variáveis é capaz de apontar para o superendividamento, não se prestando a tanto uma verificação pontual.

2.5 A TUTELA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: DA PREVENÇÃO AO TRATAMENTO

Os modelos de tutela do consumidor excessivamente endividado variam mundo afora, a depender das feições jurídicas, políticas e sociais que o Estado que lhe sirva de base assuma. A despeito disso, é possível apontar elementos de intersecção entre eles que bem demonstram o quanto o problema requer atuação contundente do Estado, e isso por parte não apenas de alguns, mas de todos os órgãos e instâncias de poder que lhe integram.

Em essência, as coincidências entre os modelos residem: (a) na existência de legislação específica que trate da matéria; (b) na atuação de órgãos judiciais em caráter mitigado, privilegiando-se no mais das vezes as instâncias extrajudiciais e administrativas de resolução do problema; (c) na utilização de técnicas de conciliação em alguma fase do procedimento; e (d) na obrigatoriedade de criação e

manutenção de uma política consistente de educação para o consumo, a fim de auxiliar o consumidor superendividado.

Não há, portanto, pelo que se vê da essência desses *standards*, uma atuação limitada, circunscrita a apenas este ou aquele ponto da questão, mas sim um tratamento global do problema, a envolver inúmeros atores sociais e que reclama, em especial do Estado, a formação de infraestrutura específica e adequada, seja de órgãos seja de pessoal.

O modelo Norte Americano de prevenção e tratamento do consumidor superendividado, que equivale a um dos modelos-padrão, de aplicação não só nos EUA como também no Canadá e noutros países de origem anglo-saxã, se diferencia dos demais em razão especificamente de sua função. Por seu intermédio busca-se mesmo é a manutenção das bases de eficácia e eficiência do modelo econômico de produção capitalista, centrado na livre iniciativa, na pouca regulação financeira, no livre mercado e na cultura do consumo.

Essa característica não está presente nos modelos europeus e em alguns modelos latino-americanos já em prática, que são visivelmente mais voltados, como parece ser o caso do protótipo de modelo brasileiro, ainda em gestação e, ao que parece, com longo período de trâmites e discussões pela frente, à proteção social do consumidor superendividado e de seu agregado familiar, em razão do problema social que isso gera, e não do mercado em si.

É possível inferir, portanto, como o fez Cinara Palhares (2010), ao realizar a análise conjunta desses dois modelos-tipo (o americano e o europeu), que as bases do padrão americano vinculam-se ao paradigma liberal e, às do modelo europeu, ao paradigma social. Tanto é assim, que o sistema de prevenção e tratamento em vigor nos EUA desde 1898 prevê o *fresh start* (reinserção rápida no mercado) e o amplo perdão das dívidas, como formas de possibilitar, o mais breve possível, a reinserção do consumidor no mercado ativo.

Já os sistemas de proteção de países como Alemanha, França e Suíça, se prestam, diferente e respectivamente, ao pagamento dos débitos, à prevenção e à reabilitação do devedor excessivamente endividado, numa clara demonstração de que, nesses Estados, o superendividamento é tratado como problema social, o que faz com que o consumidor receba os influxos da aplicação de direitos fundamentais sociais e de um direito privado mais voltado aos valores constitucionais.

Toda essa realidade é bem diversa da realidade brasileira. Quanto se fala entre nós em tutela do consumidor vem logo à mente, em especial à dos juristas, a noção da defesa judicial de direitos, mediante longas e custosas batalhas processuais de revisão contratual, ou a algum programa isolado de proteção do consumidor posto em prática por órgãos de proteção de âmbito local ou regional. Contudo, como se viu, a tutela consumerista não privilegia apenas essas formas de abordagem do problema. Há outros modos de se combater esse mal sério e grave - que é o superendividamento - que precisam ser adotados.

Sendo, pois, a tutela do consumidor superendividado no Brasil, diferentemente do que ocorre na Europa e nos EUA, incipiente e deficitária, principalmente em virtude da inexistência de legislação específica em vigor que trate do problema de modo geral, a assistência dos indivíduos excessivamente endividados em *terra brasiliis* tem ficado a cargo ou de programas e políticas de governos, quase sempre tímidos e superficiais em face do poderio econômico do mercado financeiro, ou da atuação jurisdicional casuística, incapaz de atender a todos adequada e celeremente, em razão dos problemas endêmicos por que passa atualmente.

A doutrina especializada é que, entre nós, tem apresentado as melhores ideias para a construção de um plano de prevenção e tratamento dessa classe de hipossuficientes. Trabalhos de fôlego vêm sendo levados a cabo por professores e profissionais abnegados e verdadeiramente comprometidos, contributos que, por seu turno, têm alicerçado, senão todos, a maioria dos programas sérios de tratamento do consumidor superendividado realizada entre nós, programas esses que, todavia, não têm se revelado aptos a remediar o problema em nível nacional e de forma duradoura, mas apenas num certo espaço temporal e dentro de fronteiras territoriais bem específicas.

Não se faz, todavia, prevenção e tratamento de problema dessa magnitude, ao menos com a seriedade que se espera seja tratada a questão do consumidor num País como o nosso, em que a Constituição Federal erigiu a defesa desses indivíduos ao patamar de direito fundamental, apenas com essas ferramentas.

Pois bem. Essa realidade de pouca efetividade na prevenção e tratamento do consumidor superendividado tem servido para bem demonstrar o quanto o modelo de insolvência brasileiro, previsto nos arts. 748 do CPC, é imprestável como meio de tratamento do fenômeno. Afinal, por não existir uma política global de tratamento do

problema, a tutela jurídica que recebe disciplinamento legal específico tem se limitado a alguns poucos artigos de lei, que apenas regulam um procedimento lento, custoso e preocupado com a satisfação apenas dos direitos do credor. Sua utilização, quando realizada, se presta, portanto, muito mais a estigmatizar o consumidor do que a minimizar-lhe os efeitos do superendividamento.

A verdade é que, numa economia de mercado como a nossa, fortemente influenciada pelo capitalismo monetário, na qual o crédito é fator de inserção social, retirar das mãos do devedor leigo superendividado a administração de seus bens pelo período de tempo em que ele responder ao processo e nos cinco anos após o seu término, diminuindo-lhe sua capacidade civil, significa, considerada a demora na tramitação de nossas demandas judiciais, sua exclusão quase que perene do mercado de consumo, com todos os desdobramentos negativos que isso é capaz de produzir para ele e para sua família, fator mais do que suficiente para retirar-lhe a dignidade.

Consequência disso é que não há como reconhecer nesse singelo tratamento conferido pelo CPC ao problema do insolvente de consumo a potencial resolatividade que sistemas complexos e completos como o dos EUA e de países da Europa têm, principalmente se se fizer uma análise do estágio de evolução avançada em que os sistemas protetivos desses países se encontram. Ver-se-á, com uma simples análise comparativa, que a disparidade é gritante.

O que, por outro lado, agrava ainda mais a situação, principalmente no que concerne aos seus efeitos, é a existência no Brasil de tratamento legislativo específico para o problema da falência do empresário (Lei 11.101/2005). A noção que se repassa, com toda força, é a de que o consumidor leigo, quando excessivamente endividado, encontra-se em nítida posição de desvantagem quando o assunto é a tutela de seus interesses.

Também contribui para essa crise de prevenção e tratamento do endividamento excessivo do consumidor leigo a falta de uma educação específica capaz de fornecer-lhe elementos para melhor posicionar-se frente ao problema. Nessa nova sociedade, de forte matiz globalizado, fornecer educação específica e de qualidade à população é, segundo Almeida (2009, p. 58), um dos meios mais eficazes encontrados para prevenir os efeitos nefastos desse fenômeno. O pressuposto seria o de que *educar mais e melhor o consumidor significa conferir-lhe elevada consciência cidadã e liberdade de decisão*, elementos capazes de inseri-lo

responsavelmente no mercado e de atribuir-lhe as funções de agente econômico graduado.

A educação para o consumo pode contribuir fundamentalmente para a formação de um consumidor consciente de seus direitos básicos. Parece necessário, desse modo, consoante afirma João Batista de Almeida (2009, p. 58), reforçá-la nos currículos escolares,

[...] com o objetivo de formar hábitos sadios de consumo e preparar, desde cedo, o cidadão, para que ele possa, no futuro, ao ingressar no mercado de consumo, ter condições de exercer com consciência e liberdade o direito de escolha entre os vários produtos e serviços ofertados. [...] Dentro desse raciocínio, a educação do consumidor é de fundamental importância, pois dele dependerá o maior grau de conscientização, que, por sua vez, conduzirá a um maior equilíbrio entre as partes. Não basta, pois, que se legisle em favor do consumidor, é mister que se lhe propicie educação específica. [...]

Com efeito, a educação para o consumo, desde que contextualizada, permite ao consumidor tomar conhecimento das etapas de produção, dos diversos produtos e serviços que lhe são ofertados todos os dias e, ainda, informar-se mais e melhor sobre como funciona o próprio mercado de consumo, o que o torna um cidadão consciente e termina por transformá-lo num agente cada vez mais apto a posicionar-se antes às diversidades que o ato de consumir comporta.

A educação informal, assim entendida aquela que é prestada fora da Escola por órgãos públicos, organizações não governamentais e, no dizer de Zenaide (2005, p. 347), pelos mais variados agentes e entidades de direitos humanos, também pode contribuir no processo educacional do consumidor. É que ela o atinge em qualquer faixa etária e nos mais diversos espaços – casa, trabalho, mídia, comunidade – e, além disso, como bem acentua Sampaio (2011), vai aos mais distantes lugares, educando inclusive os consumidores situados longe dos grandes centros.

A educação crítica e emancipatória é algo essencial ao exercício pleno das liberdades humanas. Somente o homem ciente e consciente de si e do mundo à sua volta poderá exercitar bem suas capacidades, firmando-se e afirmando-se. Nesse

sentido, educar não consiste na mera reprodução do saber; educar é, isto sim, como bem anota Freire (1967, p. 56), colocar o homem frente a seus problemas e *ajudá-lo a ajudar-se, a ser agente de sua própria recuperação*.

Esse modelo educacional acima proposto não pode prescindir, também, como bem asseveraram Piletti & Praxedes (2010, p. 30), com fundamento em Durkheim, de uma dimensão combinada do processo educativo, que privilegie, a um só tempo, o indivíduo e a coletividade. Senão vejamos:

[...] Nas palavras de Durkheim (1955, p. 31), ao longo da história desenvolveu-se um conjunto de crenças, valores morais, leis, costumes, concepções estéticas e práticas econômicas que cabe à educação introduzir nas consciências individuais das novas gerações de educandos. Para tanto, a educação deve ter duas dimensões combinadas, desenvolvendo-se, ao mesmo tempo, de forma unificada para o conjunto da sociedade em questão e de maneira diversificada para favorecer o desenvolvimento de capacidades individuais e grupais especializadas. [...]

Não parece possível, portanto, à vista dessas afirmações, afastar as ideias de educação e cidadania. E, indo mais longe, de educação, cidadania, liberdade e desenvolvimento. Sen (2010, p. 29), abordando essa temática, afirma:

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.

Como se vê, para os autores acima citados, a liberdade proveniente da educação é elementar para o exercício de juízos avaliatórios adequados e, sendo assim, sem ela qualquer ato de escolha – do qual o ato de consumir é espécie – resta viciado. Só o cidadão educado será livre e, por conseguinte, um consumidor consciente e apto a defender-se.

Seguindo a mesma linha de raciocínio acima traçada, só que se referindo especificamente ao tema do direito à educação para o consumo no Brasil, Almeida (2009, p. 58-59) afirma que esse tipo de educação específica, em que pese não estar prevista no texto constitucional de modo explícito, é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor. Conforme ele aponta:

Dentro desse raciocínio, a educação do consumidor é de fundamental importância, pois dela dependerá o maior grau de conscientização, que, por sua vez, conduzirá a um maior equilíbrio entre as partes. Não basta, pois, que se legisle em favor do consumidor; é mister que se lhe propicie educação específica. Aliás, o Código Prevê a educação para o consumo como um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, II). Falta, ainda, vontade política para que a empreitada seja levada adiante, incluindo-se campanhas publicitárias, a começar, por exemplo, pelo alerta do perigo da automedicação. Vale registrar, por oportuno, que alguns Estados já desenvolvem trabalho nessa área.

Nesse contexto, não se pode, ao que tudo indica, deixar de reconhecer o impacto negativo que o fenômeno social do superendividamento é capaz de produzir na pessoa do consumidor sem educação para o consumo, máxime porque, segundo Bauman (1999, p. 89), *a cultura da sociedade de consumo envolve sobretudo o esquecimento, não o aprendizado*. Em análise criteriosa sobre os males do superendividamento, Paisant (in MARQUES, LIMA & BERTONCELLO: 2010, p.10) asseverou:

[...] O superendividamento é fonte de isolamento, de marginalização; ele contribui para o aniquilamento social do indivíduo. Quanto mais este fenômeno aumenta, mais seu custo social se eleva e mais a necessidade de combatê-lo se impõe. As diversas experiências legislativas mostram que técnicas existem para, na medida do possível, prevenir e, na falta disso, tratar as situações de superendividamento. Estas leis não são destinadas a combater o desenvolvimento do crédito porque o crédito é um estímulo necessário à atividade econômica e fonte de numerosos empregos. Elas buscam somente moralizar a sua distribuição, responsabilizando tanto os consumidores quanto os organismos concedentes.

Marques, Lima e Bertoncello (2010, p.18), seguindo a mesma linha de raciocínio de Paisant (*idem*), e aproveitando para fazer um paralelo entre crédito/consumo e superendividamento, sustentam que:

[...] Podemos usar a figura de linguagem da moeda para afirmar que esta moeda de duas faces “consumo/crédito” sorri somente quando está na vertical, girando e mostrando suas duas caras ao mesmo tempo: é bom para todo mundo, para a sociedade em geral, pois a economia “sorri”. É bom para o consumidor, que também é incluído no mundo do consumo. Mas o equilíbrio deste movimento é difícil, e na sociedade de consumo de massas, sempre uma moeda ou outra vai desequilibrar-se e cair: o consumidor não paga o crédito, não consome mais, cai no inadimplemento individual (ou insolvência civil), seu nome vai para o SPC, SERASA ...aqui a dívida vira um problema dele e de sua família, sua “culpa” ou fracasso...mas quando muitas moedas caem ao mesmo tempo, uma crise na sociedade é criada, as taxas de inadimplemento sobem, sobem os juros, os preços, a insolvência, cai a confiança, o consumo, desacelera-se a economia...uma reação em cadeia... [...]

O cenário da falta de tratamento legislativo específico do problema no Brasil, como se viu acima, somado à falta de educação específica para o consumo, torna ainda mais preocupante o problema. Afinal, sem meios eficazes para combater o superendividamento, e sem ter como se defender dele na esfera individual, operadores do direito e organismos de proteção terminam por se valer de cláusulas gerais para combater os males do crédito fácil, a exemplo daquelas previstas no CDC (arts. 6º, V e 51, IV), o que nem sempre se revela adequado no trato da matéria. Sobre isso, Cinara Palhares (2010, p. 89) assevera:

Verifica-se, portanto, que o mesmo fenômeno que fez surgir a necessidade de uma lei de tratamento das situações de sobreendividamento na Europa está presente na atual conjuntura socioeconômica brasileira. Contudo, no nosso ordenamento, o único procedimento coletivo disponível para o caso de impossibilidade manifesta de pagamento das dívidas da pessoa física é a insolvência civil, que não é interessante nem para os credores, nem para os devedores. [...]

Mas não é só no campo das Ciências Jurídicas que a temática do superendividamento preocupa especialistas. Fazendo uma abordagem do fenômeno a partir da psicologia social, e ressaltando que o problema requer enfrentamento multidisciplinar, Hennigen (2010, p. 1175) pondera:

Este fenômeno não diz respeito somente ao campo jurídico, visto configurar-se como um grave e crescente problema social que necessita, para sua compreensão e enfrentamento, da articulação de diversas disciplinas, como o Direito, a Psicologia, O Serviço Social, a Educação e a Economia. [...]

Como se vê, o superendividamento possui características variadas e peculiares, o que o torna um fenômeno objeto da análise das mais variadas ciências. Conhecê-lo, pois, sob inúmeros vieses, é imprescindível, tanto à identificação precisa de suas bases, quanto ao tratamento eficaz dos problemas que ele é capaz de produzir no seio social.

3 ASPECTOS GERAIS DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

O objetivo deste capítulo é traçar um perfil da revisão judicial dos contratos naquilo que for necessário para o entendimento do tema central do trabalho, abordando: (a) o contexto histórico em que a revisão judicial se desenvolveu; (b) os contornos das teorias contratuais: da teoria clássica à pós-moderna; (c) a constitucionalização do direito privado e seus reflexos na realidade jurídica atual e na teoria do contrato em particular; (d) as teorias contratuais revisionistas; e (e) a boa-fé objetiva: sua trajetória evolutiva e o alcance de suas funções.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

A tendência de revisão judicial dos contratos começou a tomar corpo na Modernidade, quando, no século XVIII, se reconheceu que os valores liberais conduziam a um tipo de igualdade meramente formal, apta a gerar, de fato, como bem sugere Daniel Sarmiento (2010, p. 8), a dominação econômica sobre as classes menos favorecidas, e não o bem-comum. A esse tempo, a lei considerava o homem não como pessoa concreta, portadora de necessidades reais, mas sim como mera abstração metafísica.

O paradigma de Estado que prevalecia à época – Estado Liberal - estava calcado em bases essencialmente individualistas. Defendia-se a noção de que não era possível intervir nas relações privadas para não quebrar a igualdade que decorria da lei. Isso realçava a ideia de que o indivíduo era o único agente capaz de dirigir sua própria vontade no âmbito particular. As concepções filosóficas de cunho jusnaturalista, todas calcadas na neutralidade e no abstencionismo estatal, serviam de fundamento à defesa desse individualismo exacerbado.

Esse modelo burguês de estado de direito, surgido com o advento das constituições modernas, tinha, contudo, seus motivos para privilegiar, como nunca, os valores da igualdade e da liberdade. É que, até então, havia prevalecido um modelo estatal de viés absolutista, que conferia à nobreza e ao clero privilégios infundados, em detrimento de todo o resto da sociedade, e que, portanto, precisava

ser controlado. Era imperioso que se consolidasse, como afirma Paulo Bonavides (1996, p. 30), a sucessão do *homem-súdito* pelo *homem-cidadão*.

O direito, enquanto sistema sujeito às transformações socioculturais, não fugiu a esse padrão de pensamento. Tanto assim que o positivismo jurídico, reconhecido por seu rigor técnico e por sua sistematização racional, foi erigido à condição de único instrumento adequado para conceber e fazer valer a Ciência do Direito. Com base nele, defendia-se a ideia de que as decisões judiciais eram todas fruto de um silogismo apodítico, semelhante àquele utilizado nas ciências exatas, e que, sendo assim, não havia espaço para voos interpretativos de qualquer natureza.

Reflexo latente dessa realidade pode ser encontrado na história das grandes codificações levadas a efeito na Europa, em especial na França pós-revolucionária. O Código Civil Francês, do início do século XIX, fruto da vontade política de Napoleão Bonaparte, era um monumento jurídico de 2.281 artigos, extremamente minudente e que tencionava dar aos juízes todas as respostas possíveis e necessárias para o tratamento dos conflitos distributivos, a revelar o nítido interesse da ideologia dominante em afastar do Judiciário a possibilidade de interpretar e criar direitos.

Esse tipo de concepção do fenômeno jurídico, como registrou Dimitri Dimoulis (2006, p. 54), foi capaz de fazer surgir, na primeira metade do século XIX, na França e na Bélgica, a *École de L'exégese*. Para os doutrinadores que a integravam, a atividade do juiz consistia apenas em interpretar gramatical e logicamente o enunciado linguístico. Excluía-se da tarefa dos magistrados qualquer consideração de ordem subjetiva. Enfim, o estudo do direito resumia-se ao estudo da lei.

Nesse cenário, como é intuitivo reconhecer, não havia espaço para a interpretação do Direito. Aplicar a norma revelava um elevado apego ao formalismo e, por conseguinte, um total distanciamento da atividade de reconstrução de significados. O exegeta era, antes de tudo, um copiador de sentidos pré-estabelecidos pelo legislador, preocupado em encontrar soluções-padrão para os problemas postos à apreciação, e não alguém comprometido com as necessidades sociais.

Esse período do Estado Liberal também ficou caracterizado pela forte influência do monismo jurídico. Sob a égide dessa corrente de pensamento vigorou a tese de que o Estado era o único produtor de normas jurídicas e que, por serem estas a expressão do próprio poder, não havia qualquer necessidade de

complementação. O sistema jurídico era considerado perfeito, coeso e infenso a lacunas, de modo que desconhecia a necessidade de remates. Identificava-se o direito como o único sistema normativo apto a resolver querelas.

Mas o grande problema do Estado Liberal deu-se, de fato, com a assunção da burguesia ao poder político. Preocupada apenas com a manutenção do *status* que adquirira com a Revolução Francesa, a agora classe privilegiada se utilizou da lei para promover uma verdadeira exclusão de direitos, principalmente em desfavor dos mais pobres.

Valeu-se, nesse sentido, da pretensa neutralidade do princípio da igualdade formal, reconhecendo sua aplicação somente aos casos de seu interesse. É sintomática a circunstância de, à época, a autonomia da vontade só vigorar para formular contratos, e não, por exemplo, para instituir sindicatos. Na verdade, a Burguesia tinha passado a utilizar a ideologia liberal em seu próprio benefício. A consequência desse disparate, como não poderia deixar de ser, foi o aumento crescente e paulatino do desgaste do sistema e a entrada em cena de um novo modelo de Estado: o Estado Social.

Conhecido também como *Welfare State* (Estado do bem-estar social), esse novo tipo de estado surgiu como tentativa de alargar o espectro de proteção de direitos dos indivíduos, conferindo-lhes direitos prestacionais, assim entendidos aqueles que exigem, para sua efetivação, uma atuação proativa do Estado, algo impensado até então. Basta lembrar que, sob a égide do Estado Liberal, o Estado era visto como inimigo e não podia interferir, devendo manter-se na maior medida possível em estado de abstenção.

O Estado Social modifica todo esse contexto. Por seu intermédio se instituiu uma gama de direitos que possibilitou ao cidadão uma profunda mudança nos níveis de bem-estar. Agora se atribuía ao estado o poder de regular a atividade econômica, antes deixada nas mãos invisíveis do mercado. É dessa época o conjunto de doutrinas jusfilosóficas de forte contraponto ao liberalismo econômico, das quais são exemplos maiores o Marxismo, o Socialismo Utópico e a Doutrina Social da Igreja Católica.

Esses movimentos, diferentes em sua base ontológica, tinham, contudo, como ponto de convergência, a necessidade de se preservar mais e melhor a dignidade humana. Os desrespeitos à pessoa do homem levados a cabo sob o manto protetor do Capitalismo pós-revolução Industrial, em especial na Europa,

foram reveladores da necessidade de implementação de uma nova política igualitária, que, diferentemente daquela de outrora, calcada na igualdade meramente formal, atentasse para os reais e efetivos interesses dos cidadãos. Com o passar do tempo, como reconhece Daniel Sarmiento (2010, p. 17), *foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano.*

As constituições da época começaram a refletir esse novo perfil estatal em seus textos. Outorgou-se aos cidadãos, de forma inédita, direitos sociais e econômicos, tais como o direito à saúde, à educação, à previdência etc. Assentava-se, assim, uma nova base valorativa, bem mais voltada à dignidade humana e ao respeito aos Direitos Fundamentais. São exemplos dessa guinada de posição as Constituições do México (1917) e da República de Weimar (1919). É desse período, também, o desmembramento do Direito do Trabalho do Direito Civil e, bem assim, o surgimento de normas de ordem pública, destinadas a reger o direito privado.

Essa nova era seria marcada, como o futuro testemunharia, pela assunção, por parte do Estado, de uma postura ativa na realização dos direitos, a ponto de fazer daquele inimigo de antes verdadeiro arauto na efetivação de políticas públicas voltadas ao bem-estar social. É bem verdade que os limites fáticos e a hoje conhecida reserva do possível interferiram na afirmação dos direitos sociais e econômicos. Isso, contudo, não é suficiente para afastar o avanço a que se chegou no tocante a esses direitos, principalmente se se comparar esse período com o período liberal.

Tanto é assim que direitos antes sacralizados, em nome da liberdade plena, dos quais o direito à propriedade serve de maior exemplo, deixaram de ter proteção absoluta e passaram a encontrar limites nos interesses coletivos, circunstância apta a revelar uma sensível diminuição daquele campo de abrigo. Também o direito à liberdade de empresa, antes ilimitado, passou a sofrer restrições ao seu exercício nesse período.

Características das mais importantes para o Direito da época foi a profusão legislativa. O que antes estava circunscrito aos grandes códigos, passou a ser objeto de legislação extravagante, bem mais específica e voltada à resolução de uma problemática concreta. Mas isso não é tudo. Além do aumento do número de diplomas legais, permitiu-se ao magistrado exercer típica atividade hermenêutica, projetando para as demandas seu traço subjetivo de julgador. A estabilidade

normativa deu lugar à transitoriedade e o positivismo jurídico passou a ser alvo de severas críticas teóricas.

O Estado Social viria a dar lugar mais tarde ao chamado Estado Pós-moderno. Essa transfiguração operou-se, essencialmente, a partir da década de 1970, com a crise do petróleo e o enfraquecimento do sistema de *Breton Woods*. Em meio à crise de não ter como dar cumprimento às políticas sociais que a população cobrava com afinco, pelos mais diversos instrumentos de pressão, o Estado mudou o foco e passou a limitar a atividade dirigente sobre a economia, enfraquecendo a produção e o controle do mercado interno. Surgia um novo liberalismo, forte o suficiente para implantar a era neoliberal.

A Globalização, enquanto fenômeno de alcance e projeção mundiais, foi decisiva nessa mudança de rumo. No mundo globalizado a comunicação é de massa, o consumo é intenso, a rapidez com que as relações intersociais ocorrem é maior do que em qualquer outro período histórico, os mercados financeiros se entrelaçam como nunca e as empresas desterritorializam sua produção. Um novo esboço de sociedade resta, pois, forjado.

O Direito, por estar sujeito a todos esses influxos sociais, econômicos e políticos, não deixou de se adaptar a essa nova realidade. Em que pese serem polêmicos os resultados desse processo, ainda em curso, pode-se adiantar que já não há mais espaço para concepções metafísicas do homem; para abstrações conceituais que impeçam a realização de direitos; para imobilismo ou inadequação do direito à realidade social subjacente; para atuações mecânicas ou raciocínios apodícticos. O campo de atuação do Direito é, bem ao contrário de tudo isso, bastante diferenciado do de períodos históricos anteriores. Tais mudanças se refletem num novo modelo de hermenêutica jurídica, semelhante àquele defendido por Fernando Vasconcelos (2004, p. 195-196), na medida em que:

Interpretar e aplicar o Direito exige, antes de tudo, desapego aos formalismos, descompromisso com a letra fria da lei e junção dos pilares que embasam os sistemas jurídicos com a arquitetura moderna das teorias contemporâneas. O Direito Romano é importantíssimo e atravessa séculos, mas não podemos ficar jungidos a ele nem ao Direito Civil, por exemplo, sem nos adaptarmos às novas correntes de pensamento jurídico da modernidade. Ou como querem alguns, da *pós-modernidade científica*. (...) Interpretação é a reconstrução de um significado

inerente ao texto. Interpretar a lei não é somente descobrir sua intenção, mas procurar enxergar o seu sentido mais racional, mais salutar e de efeito mais benéfico. A lei tem significado próprio, mas a tarefa do intérprete passa pela reconstrução desse significado. O texto legal não pode pretender uma interpretação uma, eterna, imutável. A lei não pode ser considerada um simples objeto de conhecimento, mas deve encarnar no seu bojo a amplitude dos anseios e necessidades sociais.

É em meio a esse novo contexto social que a questão da revisão dos contratos se insere e precisa ser abordada. Afinal, os dogmas da liberdade plena e da força obrigatória dos contratos deram lugar, na Pós-modernidade, à boa-fé objetiva e à equivalência material das prestações. É com base nessa nova pauta de valores, voltada à noção de equilíbrio permanente, que se deve contemplar a situação contratual de cada uma das partes.

Esse equilíbrio precisa ser ainda maior, ao que parece, quando a questão envolver indivíduos superendividados. Mais do que em muitas outras relações negociais, a relação consumerista do sujeito em ruína financeira requer observância elevada do catálogo de direitos do consumidor. É sob o reflexo que essas luzes são capazes de projetar no Direito Pós-moderno, em especial nos direitos do consumidor superendividado, que se passará à análise dos itens subsequentes.

3.2 CONTORNOS DAS TEORIAS CONTRATUAIS: DA CLÁSSICA À PÓS-MODERNA

A teoria contratual clássica, cuja afirmação histórica coincidiu com o advento do sistema capitalista de produção, é fruto do Estado Liberal burguês. Sua base ideológica está toda calcada nos princípios do voluntarismo, da igualdade formal e do individualismo jurídico, valores bem próximos dos ideais do *laissez-faire*. Seu fundamento filosófico repousa na doutrina racional-mecanicista, de viés jusnatural e com ampla predominância na Europa do século XVII. A propriedade é seu valor-guia.

Em sintonia com esses postulados, e em meio a uma ambiência de liberdade perante a lei e de quase nenhuma intervenção estatal nas relações privadas, foi que se abriu espaço, na modernidade, para a sedimentação da teoria clássica do

contrato na esfera legal. Todos os grandes monumentos legislativos da época, em especial o *Code Napoléon* de 1804 e o BGB alemão de 1896, trouxeram regulamentação exaustiva da figura do contrato, como que a traduzir, na expressão jurídica, os influxos sociais, políticos e econômicos que desenhavam os contornos do Estado Liberal.

Remonta a essa época a proclamação do *pacta sunt servanda*. Traduzido no dogma de que o contrato faz lei entre as partes, tal instituto restou previsto expressamente no Código Civil de Napoleão no art. 1.134. Ele refletia a noção assente de que o acordo era irrevogável e, portanto, deveria ser cumprido nos moldes em que pactuado, independentemente de modificações posteriores no estado das coisas. Sua força vinculante era tamanha que era comum fazer-se uso da relação de igualdade entre as expressões *contratual* e *justo* (*quid dit contractuelle dit juste*), como forma de invocar o cumprimento das prestações.

Não havia espaço em meio a essa realidade – é quase intuitivo deduzir-se isso – para alterações de conteúdo do contrato, fosse qual fosse o motivo. A noção de liberdade estava tão impregnada entre os indivíduos que se imaginava que o sujeito que, na busca de realizar seus interesses particulares, expressava livremente sua vontade, a ponto de escolher vincular-se a outrem pela via do contrato, não poderia, senão por outro contrato, modificar o conteúdo do pacto original. Era o princípio da força vinculante dos contratos refletido em seu grau máximo, qual seja, o de que a avença fazia lei entre as partes.

E mais: esse caráter absoluto da autonomia da vontade era tão grande, como bem registrou Wladimir Alcibíades M. F. Cunha (2007, p. 37), *que mesmo o Estado deveria ficar à margem da contratação, não podendo intervir no conteúdo material dos pactos*. Na história da evolução da humanidade, o não-intervencionismo havia chegado a um grau bastante elevado e, com ele, toda uma ambiência voltada a fazer prevalecer o ideário do sistema capitalista de produção. Parecem estar corretos os que, ao lado de Maria Luíza Feitosa (2007, p. 300), defendem ter sido a necessidade de instrumentalização jurídica da economia que moldou o direito como um todo e, a teoria do contrato, em particular e, depois, os conectou à *base estrutural do sistema econômico* (...).

Esse apego ferrenho aos valores liberais impediu, na França napoleônica, a inclusão da cláusula *rebus sic stantibus* no *Code* de 1804. A despeito de já ter sido reconhecida pela doutrina e incluída nos Códigos da Baviera de 1756, da Prússia de

1794 e da Áustria de 1911, a cláusula *rebus sic stantibus* sofreu forte declínio com o advento do liberalismo econômico. É o que aponta Fabiana R. Barletta (2002, p. 4) ao asseverar:

Todavia, que, no final do século XVIII e início do século XIX, a cláusula (a autora se refere aqui à cláusula *rebus sic stantibus*) passa a sofrer franco declínio, em virtude de novas injunções históricas e políticas emergentes, tal como a vitória obtida pela burguesia em 1789, que teve como consequência mais importante no campo legislativo o Código de Napoleão, de 1804, o Code, que não contém positivada a cláusula *rebus sic stantibus*.

Conforme Arnaldo M. da Fonseca (1958, p. 210), essa realidade esboçou mudanças, décadas mais tarde, quando, às vésperas do lançamento do BGB alemão de 1896, Windscheid lançou teoria prevendo a inclusão naquele monumento legislativo da cláusula *rebus sic stantibus*. Acaso tivesse sido acolhida a sugestão do jurista – o que não foi -, a revisão judicial dos contratos teria se instalado como regra geral no âmbito legislativo de uma grande potência da época.

Ressalte-se, porém, que, a despeito de não ter incluído em seu texto a previsão expressa de revisão do contrato por fator superveniente (cláusula *rebus sic stantibus*), o BGB alemão disciplinou o contrato de modo bem diverso do que o fizera o *Code de Napoleón*. Novos contornos foram delineados para o direito privado.

A razão de ser disso está em que a Codificação alemã data de 1896 ao passo que a francesa é de 1804, ou seja, quase um século mais tarde. Logo, todo um conjunto de fatores sociais, políticos e econômicos influenciou na mudança de perspectiva e na concepção de um novo instrumental teórico. Não se pense, contudo, que essas mudanças foram sinônimo de abandono do modelo liberal ou de total rejeição do primado da ampla liberdade para contratar. O BGB, mesmo novo em alguns pontos da teoria do contrato, era um típico código burguês.

Mas qual teria sido a principal mudança operada pela Codificação alemã com relação à teoria clássica dos contratos encartada no *Code*? O principal ponto de mudança, com bem asseverou Enzo Roppo (2009, p. 47-48), foi a construção do contrato à sombra de uma categoria mais ampla: o negócio jurídico. Ao passo em

que no Código Civil francês o contrato era concebido como categoria máxima, no BGB ele passou a ter de se conformar aos ditames dessa nova categoria jurídica. Tal constructo teórico permitiu espalhar a liberdade da vontade presente nos contratos para outros institutos criados pela novel teoria do negócio jurídico, a exemplo do matrimônio, da adoção, da locação, do mútuo e outros.

Consequência direta dessa conjunção de fatores – prevalência do modelo liberal burguês e criação de um novo ferramental teórico capaz de ampliar as categorias jurídicas para muito além da figura do contrato – foi o alargamento da autonomia da vontade e a ampliação do espectro de incidência do princípio da igualdade formal. Agora, mais do que antes, todos passaram a ser vistos como iguais perante a lei, desconsideradas diferenças de classe e peculiaridades. A autonomia da vontade igualara a todos, em todas e as mais diversas relações. A passagem seguinte da obra *O contrato*, de Enzo Roppo (2009, p. 51) resume bem essa mudança de perspectiva:

Por intermédio dele (o autor se refere ao negócio jurídico), tornavam-se de facto irrelevantes, ou apagavam-se até, a concreta posição económico-social das partes e os termos reais da troca económica levada a cabo, que desapareciam por detrás de um dado, por assim dizer, biológico (e neste sentido abstraído das determinações de classe) ao qual se atribuía relevância conclusiva: a vontade; já que indistintamente todos os sujeitos jurídicos (qualquer que fosse a sua posição económico-social concreta) deviam considerar-se, do mesmo modo, capazes de emitir declarações de vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos (quaisquer que fossem os termos reais da troca económica a que estes se referissem): tanto mais que enquanto o contrato pressupõe uma duplicidade de sujeitos, e evoca portanto uma atividade de troca económica, o negócio jurídico é configurável como o acto de um só indivíduo, como manifestação solitária da sua vontade, e portanto mais não evoca que a atividade de sua psique.

Nesse mesmo norte, ressalte-se que a visada sobre a teoria clássica do contrato, proporcionada pelas novas lentes do negócio jurídico, além de valorizar outras categorias do direito, serviu para fazer consolidar, ainda mais, a noção de contrato relacional. Como a igualdade perante a lei reinava, pressupunha-se, em total desconsideração à realidade material subjacente, que os contratantes, mesmo com suas diferenças, estavam em igualdade de condições para refletir sobre o

objeto do pacto e sobre sua formalização e produção de efeitos. A autonomia da vontade continuava servindo de fundamento à ordem liberal burguesa.

Os sinais de debilidade desse paradigma estatal começaram a surgir, isso já no século XX, com a quebra da bolsa de Nova York de 1929 e com o surgimento das Constituições do México de 1917 e da República de Weimar, de 1919. Tais acontecimentos históricos foram capazes de revelar para o mundo a insuficiência dos primados da autonomia da vontade e da igualdade formal enquanto vetores ideológicos de condução do Estado, o que acabou por influir fortissimamente na sociedade, na economia, no direito e na política. Os movimentos constitucionalistas e os ideais de solidariedade haviam instituído uma perspectiva nova de mundo.

Atente-se que por detrás de todo esse cenário estiveram fatores que, a contar pela influência e importância que tiveram no redesenho de forças, podem ser erigidos à condição de verdadeiros pressupostos dessas inovações. Um deles foi a Revolução Industrial. Em que pese ter se prolongado, enquanto fenômeno histórico, somente até mais ou menos a década de 1840, seus efeitos e a mudança na realidade que se operou em razão de sua existência se protraíram no tempo. O mundo pós-revolução Industrial não era mais aquele mundo centrado na economia artesanal, na produção para mera sobrevivência nem na falta de avanço tecnológico.

Ao contrário disso, nele, a produção transformou-se numa produção em série e de massa; os mercados aumentaram e promoveram profunda interligação entre si; o consumo de bens e serviços elevou-se; a evolução tecnológica permitiu a produção de grandes máquinas e um maior domínio sobre os recursos naturais; enfim, surgiu uma nova dinâmica para as relações intersubjetivas, com forte influência na seara jurídica.

A categoria dos contratos não poderia ficar imune a tudo isso, principalmente porque tal realidade fez surgir modelos standardizados de contrato, recheados de cláusulas gerais e suficientes para impor à classe operária grandes perdas econômicas. Também são dessa época os típicos contratos de adesão.

Um dado sensível da realidade que atesta essa mudança de paradigma - do Liberal para o Social - foi a derrocada da dicotomia entre as codificações público/privado. Todo aquele arcabouço teórico assentado nos dogmas da autonomia plena da vontade, na liberdade irrestrita para contratar e no abstencionismo estatal, refletidos em monumentos legislativos de proa, como servem os exemplos já citados do Código de Napoleão de 1804 e do BGB de 1896, ruiu e, junto com ele, a

ideologia da igualdade perante a lei. A era dos grandes códigos, completos em suas previsões e exaustivos em seus direcionamentos, deram lugar a uma legislação unificada sob o ponto de vista interpretativo, envolta em princípios de forte matiz social, e guiada pela força normativa da constituição.

Ressalte-se que essa mudança de paradigma não se operou com rupturas traumáticas, capazes de gerar mundos estanques, um independente do outro. Na verdade, como adverte Franz Wieacker (1993, p. 552), o modelo de Estado Social conviveu com elementos de viés liberal. Tanto foi assim que no início da vigência do BGB, em 1896, a Revolução Industrial, que servira de elemento catalisador da referida mudança de paradigma (liberal para social), já se implantara, e, ainda assim, prevaleciam os valores da liberdade formal e da autonomia da vontade. Ou seja: mesmo quase quatro décadas após o advento da Revolução Industrial, era o liberalismo que delineava as feições do Estado.

Fator que também contribuiu decisivamente para o surgimento do Estado Social e, por conseguinte, para a remodelação da teoria clássica do contrato, foi o desenvolvimento, por Karl Marx, da doutrina do materialismo histórico. Segundo os cânones de sua formulação, não mais a política ou o direito, e sim a economia, é que seria levada ao lugar de destaque na condução dos destinos do Estado. Para atingir tal desiderato, fazia-se necessário, porém, inverter a lógica da preponderância estatal, defendida por Hegel, e transferir tão nobre função para a Economia Política. No trecho a seguir de *O Capital*, Karl Marx (1988) reflete bem essa linha de pensamento:

Minha pesquisa chega à conclusão de que as relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas nem através da chamada evolução geral do espírito humano, senão que deitam suas raízes nas relações materiais da vida, cuja totalidade Hegel, à maneira dos ingleses e franceses do século XVIII, compendiou sob a denominação de *sociedade burguesa*, devendo-se, porém, buscar na Economia Política a anatomia dessa sociedade.

É sabido que a doutrina do materialismo histórico não foi adotada àquele tempo pelas grandes potências da Europa, tendo apenas alguns países do leste desse Continente a recepcionado. A grande questão é que, a despeito disso, a

influência que ela exerceu na realidade de vida do proletariado da época foi marcante, a ponto de fazer surgir um ideário totalmente voltado para os valores sociais, onde as diferenças de classe precisavam ser consideradas e, o mais importante, onde a noção de solidariedade se contrapunha à de voluntarismo.

O reflexo disso na teoria clássica dos contratos foi visível e impactante. Tanto assim que os princípios que ela adotava (liberdade para contratar, força obrigatória dos contratos e igualdade formal) foram somados a outros, bem mais consonantes com esses novos valores. Ademais, afastou-se a ideia do não-intervencionismo estatal e permitiu-se a repaginação do conteúdo dos contratos pela via da revisão (resolução) judicial. Em suma: a igualdade perante a lei transmudou-se em igualdade material. Agora já eram os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equivalência material das prestações que regiam os contratos.

Mas será que essa ordem de ideias é suficiente para embasar a afirmação de que a chamada “nova” teoria dos contratos (teoria pós-moderna) se implantara? Pensa-se que não. A história foi testemunha disso. Com efeito, os horrores impostos à totalidade da humanidade pela investida nazifascista mudariam, ainda mais, o modo de ser do Estado. Após a Segunda Guerra mundial, o planeta sentiu a necessidade de limitar o exercício do poder. Criaram-se, nesse sentido, amarras em tratados e convenções e, em especial, nos textos das cartas magnas, das quais, a amarra mais significativa foi o catálogo de direitos fundamentais.

Isso revelou uma importante mudança de paradigma, é bem verdade. Afinal, o núcleo ético desse ramo de direitos é deveras incisivo, a ponto de tisonar todo o ordenamento com novas cores, inclusive os contratos. Mas a guinada de posicionamento apta a moldar as fundações da teoria contratual pós-moderna chegaria, na verdade, com o advento do fenômeno da Globalização, em especial do seu viés econômico.

Essa nova fase, que, em essência, representa a mundialização dos mercados, a volatilidade do capital, o avanço sem-fronteiras da tecnologia e da informática, a desterritorialização das empresas, a produção em massa de bens e serviços e, ainda, o culto ao consumo, foi capaz de fazer ruir todo o edifício tradicional da teoria do contrato, deixando de pé muito pouco do que existia antes. Imaginar, portanto, que a teoria clássica seria capaz de adaptar-se a esse novo cenário, de modo a regulá-lo adequadamente, era demasiado inviável.

Nesse sentido, os *standards* contratuais da contemporaneidade assumem feições inéditas e desafiadoras, sob todos os aspectos. Suas fontes, antes limitadas à seara interna dos Estados, agora se alastram para planos internacionais ou supranacionais. Seu regramento legal, outrora unívoco, tornou-se plural, com inúmeras esferas de poder a intervir, concomitantemente. Seus efeitos, bastante vinculados no passado, já atingem interesses e personagens difusos, coletivos e transindividuais. Enfim, o contrato assumiu contornos e sentidos bastante diversos daqueles que possuía.

Esse cenário de profundas modificações no tocante à teoria dos contratos acaba por emprestar elevado grau de importância à atividade de juízes e demais operadores do direito. É que, segundo defende Maria Luíza Feitosa (2007, p. 439), *a via judiciária, pelo papel que desempenha na resolução de litígios, é vista como aquela mais apropriada a estreitar relações entre o direito e o tempo presente. É, pois, no estreitamento dessas distâncias (norma e mundo real) e, por conseguinte, na diminuição da complexidade do fenômeno levado à apreciação, que a função desses atores se qualifica.*

Supera-se, também, em razão dos lineamentos da teoria pós-moderna do contrato, uma noção já bastante decantada no meio jurídico: a da força prevalente da constituição sobre outras fontes normativas. A considerar pelo fato de que, agora, diferentemente do passado, os pactos envolvem inúmeras instâncias de poder, tanto nacionais quanto internacionais, em diferentes territórios do planeta, com atribuições das mais diversas, todas com aptidão para produzir efeitos jurídicos e eficácia social, fica difícil asseverar, peremptoriamente, que é da constituição que irradiam todas as forças para o tratamento dos conflitos. Mais do que em qualquer outra quadra da história, é preciso promover o diálogo de fontes.

De toda essa ordem de ideais pode-se recolher o entendimento de que as teorias do contrato não se substituem umas às outras, como que numa sucessão espaço-temporal infalível. Elas se assemelham, isto fim, à figura dos paradigmas científicos, que, por natureza, como sugere Daniel Sarmiento (2010, p. 4), *não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, e sim de evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares.*

À vista disso, é dado concluir que, mesmo na contemporaneidade, onde, como visto, o contrato assume feições inéditas ou pouco assemelhadas a outras já existentes, não se pode deixar de reconhecer a existência, em diversos níveis, de

verdadeiro entrelaçamento de modelos-tipo e de teorias, a revelar, de modo bastante claro, que paradigmas distintos convivem entre si, sem que isso represente quebra ou disfunção do sistema.

3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: REFLEXOS NA REALIDADE JURÍDICA ATUAL E NA TEORIA DOS CONTRATOS

O surgimento das constituições – enquanto sinônimo de limitação do poder e da não intervenção do Estado na esfera individual - remonta à modernidade (século XVI)⁸. Nessa época, de total prevalência da ideologia individualista, operou-se forte separação entre Estado e sociedade, de modo que cada um era regido por um estatuto jurídico próprio.

Tinham-se, na esfera privada, os códigos civis e, na esfera pública, as constituições. Aqueles (os códigos) objetivavam regular as relações interpessoais, em especial a atividade econômica; estas (as constituições), tinham por norte delimitar o poder do Estado e dirigir sua vida política. Seus campos de atuação eram incomunicáveis. Não havia interpenetração entre esses dois mundos. Paulo Lôbo (2013, p. 48), reconhecendo tal dicotomia, fez o seguinte registro a respeito desse período específico da história do direito privado e, em particular, do direito civil:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo enquanto tal. A partir do constitucionalismo moderno, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. Essa separação escarpada é fruto histórico do esquema liberal que separava o Estado e a sociedade civil, concebendo-se a Constituição como lei do primeiro e o direito civil como ordenamento da segunda.

⁸ Adota-se, aqui, na esteira de Celso Ribeiro Bastos, *in Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*, 4. ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29, a ideia de que o Estado, por ser reflexo de um alto estágio de evolução da civilização, surgiu em momento histórico bem preciso, a saber, o século XVI, quando os elementos políticos próprios da noção desse ente se fizeram todos presentes, concomitantemente. Não se nega, contudo, como o fez o autor citado, que a Antiguidade Clássica, compreendida pelas cidades gregas e pelo Império Romano, já apresentassem sinais dessa realidade. Mas a conjugação deles só viria, de fato, no liminar da modernidade.

Reflexo desse isolamento entre direito privado e direito constitucional vê-se na forma como se levava a efeito a atividade interpretativa no âmbito jurídico. Com efeito, não havia espaço para unidade hermenêutica, operando-se, ao contrário, duas ordens concomitantes e totalmente independentes, cada uma com princípios e regras específicos, como que a revelar sistemas interpretativos de natureza incompatível entre si. Essa dualidade é bem ilustrada na existência de duas constituições: a constituição da vida pública, assim entendida a constituição política; e a constituição da vida privada, revelada na figura dos códigos civis.

O distanciamento e a interdependência entre essas duas esferas – pública e privada - eram tamanhos que Ferdinand Lassalle, citado por Teresa Negreiros (2006, p. 48), disse que *quando num país arrebenta e triunfa a revolução, o direito privado continua valendo, mas as leis do direito público se desmoronam e se torna preciso fazer outras novas*. Ou seja: até mesmo quando a revolução política pusesse fim a certo modelo de estado, estirpando-o por completo da realidade e dando à luz a um novo regime, com nova roupagem e particularidades, ainda assim, permaneceriam vivos e cogentes os regramentos outrora estabelecidos pelo direito privado. Como se vê, não havia espaço para interconexões entre direito privado e constituição, cabendo ao Estado abster-se de interferir na vida dos indivíduos e, à sociedade, reger-lhes a vida econômica.

Essa realidade assumiu contornos diversos com o advento do Estado Social. É que, no plano do direito público, passou-se a regular, o que até então não acontecera, a ordem econômica e social. Como adverte Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 102), além da limitação ao poder político, passou-se a criar entraves ao exercício pleno do poder econômico, de sorte que nasceu uma ambiência capaz de projetar efeitos para além do indivíduo, tutelando direitos como *o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil*.

Tudo isso só foi possível em razão da prevalência, na sociedade do século XX, da ideologia social. Fortemente calcada na justiça distributiva e, por conseguinte, assentada em valores antagônicos àqueles cultuados no liberalismo, ela foi capaz de impor ao Estado, enquanto organismo político, uma nova forma de atuar, na qual, além da esfera política, passaram a merecer destaque e regramento

nos textos constitucionais as atividades econômica e social, tudo com vistas a fazer prevalecer o interesse coletivo sobre o individual. Outra não foi a conclusão a que chegou Paulo Lôbo (1999, p. 102):

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar no cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusiva com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.

Contudo, a influência que a ideologia social foi capaz de exercer, num primeiro momento, sobre o direito privado não se revelou forte o suficiente para afastar do seio das codificações civis a antiga prevalência dos valores do patrimonialismo e do individualismo. Isso só viria a ocorrer décadas mais tarde, fruto de muito esforço. Tanto assim que, em pleno auge do constitucionalismo, temas como obrigações, contratos, família e sucessões persistiram sendo regidos por valores ligados ao liberalismo, como bem serve de exemplo o Código Civil brasileiro de 1916, fortemente calcado no Código Civil Francês de 1804 (*Code de Napoléon*).

Mudança de rumo verdadeiramente sensível só ocorreria após a Segunda Guerra mundial. Na tentativa de evitar a reincidência das atrocidades praticadas pelas ideologias nazifascistas, a maioria esmagadora das constituições contemporâneas reconheceu a dignidade da pessoa humana como valor fundante, típico valor-guia. Isso foi capaz não só de ampliar a pauta de direitos fundamentais, como também de afastar a prevalência do patrimonialismo e do individualismo das relações jurídicas, fazendo surgir uma nova era no direito privado. Ou, no dizer de Maria Celina Bodin de Moraes (1999, p. 109):

Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo

sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias.

Como consequência disso, operou-se significativa mudança no fundamento de validade dos sistemas jurídicos: antes, o direito civil; agora, a constituição. Esse novo paradigma foi suficiente para transformar o direito privado, antes centro de irradiação de valores, num instrumento de realização da dignidade da pessoa humana, cabendo ao intérprete, doravante, fazer prevalecer sempre o indivíduo em relação ao patrimônio, a Constituição às normas infraconstitucionais. A propósito, como bem coloca Teresa Negreiros (2006, p. 62):

O primado do *ser* sobre o *ter*, perseguido pela leitura constitucionalizada do direito civil, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade. Estes são, em linhas gerais, os ideais e as propostas da perspectiva civil-constitucional.

Na verdade, essa prevalência do direito constitucional sobre o direito privado é reflexo de uma nova sociedade e de uma opção política por um novo modelo de Estado, no qual, diferentemente de outrora, prevaleçam a regulação da ordem econômica e social, bem como a hegemonia axiológica dos princípios, com ênfase peculiar para a eficácia jurídica e efetividade social dos direitos fundamentais. É dizer: a constituição, agora, coloca-se como centro gravitacional de todo o sistema jurídico, de sorte que qualquer ramo do direito, inclusive o privado, há de ser compreendido sob o influxo de seus valores.

Esse cenário reflete, indiscutivelmente, uma maior intervenção estatal na esfera jurídica privada. O figurino legislativo do século XX está todo delineado nesse sentido. A liberdade já não é plena e o sujeito de direitos já não se realiza pela propriedade como acontecia no Estado Liberal. O tempo hoje é de prevalência da força normativa dos princípios constitucionais e de preservação da dignidade da pessoa humana. Isso requer do intérprete e do aplicador do direito atenção especial para o perigo de não se voltar a incidir na patrimonialização das relações pessoais,

mal que abstrai o sujeito e suas peculiaridades, e o eleva à condição de entidade metafísica.

Como bem acentua Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 103):

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

No mesmo sentido, e já prevendo o papel que a perspectiva civil-constitucional terá de desempenhar no mundo atual, é o escólio de Luiz Edson Fachin (2012: p. 243), para quem:

O contorno do novo contratualismo, que supere os conceitos do século XVIII e XIX e que alcance as novas relações jurídicas – derivadas do direito alimentar, direito do consumidor e tantos outros ramos e especificações do Direito – não está claro; não se amolda mais a um paradigma anterior. O mesmo se pode dizer a respeito do patrimônio e da família. O que está em questão é o papel que o Direito Civil, assim repensado, pode desempenhar, nomeadamente no principiar do século XXI.

Na seara específica dos contratos, como não poderia deixar de ser, a influência da perspectiva civil-constitucional revelou-se bastante acentuada. A autonomia da vontade, da qual a liberdade de contratar é reflexo, não pode mais servir apenas aos interesses dos indivíduos, mas sim, e acima de tudo, à coletividade. É preciso limitá-la, não com o objetivo de diminuir a liberdade do contratantes, mas sim como meio de equalizar, caso a caso, as prestações materiais e, ainda, de instituir, numa perspectiva ampla, o bem-comum. Em suma: a ética da solidariedade deve tomar o lugar da ética utilitarista.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer a passagem do estágio do voluntarismo jurídico, de forte matiz liberal, para uma concepção de dirigismo contratual, bem mais afeita ao modelo social vigente, em que a intervenção do Estado é incisiva. Rodrigo Toscano de Brito (2002, p. 73) reconhece no dirigismo contratual um meio

de interferência legítima, apto a recobrar a igualdade substancial. Ressalva o autor, contudo, que esse novo paradigma, diferentemente do que sugerem alguns, não foi capaz de acabar com a autonomia da vontade, que restou apenas adequada à realidade dos contratos paritários e de adesão. Segundo ele:

Não resta dúvida que a autonomia da vontade, antes com base na igualdade e liberdade, sofre com o intervencionismo, seja ele de que maneira for. Entretanto, não se pode perder de vista que continua existindo, com maior intensidade nos contratos paritários e com menor intensidade nos contratos de massa, como se observa nos contratos de consumo. Só em raras situações, em face de monopólios estatais, tem-se o desaparecimento do princípio, como já exemplificado.

A constitucionalização do direito privado foi capaz, ainda, de produzir interessante fenômeno no ordenamento jurídico dos países ocidentais: a fragmentação do direito civil. Com a mudança do eixo interpretativo dos códigos para as constituições, surgiu a necessidade de editar leis específicas para reger segmentos particulares da nova realidade constitucional. A consequência disso foi a fragmentação dos sistema jurídico em inúmeros microssistemas.

Os universos jurídicos criados com tal fracionamento passaram a disciplinar os institutos de direito privado sob a ótica de novos valores, agora insculpidos na constituição, e não mais sob a égide de valores clássicos, os quais, em essência, já se reconheciam inaptos a realizar a vontade do legislador constituinte. Não por outro motivo, a importância conferida aos microssistemas legislativos passou a ser significativa, a ponto de fazer surgir a real necessidade de se promover um diálogo permanente e cada vez mais aprofundado entre essas fontes heterogêneas, tudo com vistas a encontrar um método de interpretação sistemática que melhor revele o sentido da norma jurídica.

A constitucionalização do direito privado, portanto, foi capaz de revelar que os institutos de direito civil, dentre eles o contrato, não podem mais ser compreendidos isoladamente ou sob a égide de uma pauta valorativa própria, em dissonância com a tábua axiológica indicada pela constituição. A riqueza da influência do direito público sobre o direito privado e, em certa medida, sobre os mais diversos subsistemas

jurídicos, reside exatamente na necessidade de adaptação da norma à realidade social e na promoção do primado da constituição e dos direitos fundamentais.

3.4 TEORIAS CONTRATUAIS REVISIONISTAS

Fala-se em revisão dos contratos por fato superveniente há muito tempo. Registros históricos dão conta de que a Lei 48 do Código de Hamurabi já disciplinava a matéria, embora com roupagem bem apropriada à época. No Direito Romano, nos textos do *Digesto* e do *Codex Justinianeu*, também há, como sugere André Perin Schmidt Neto (2012, p. 61), menção à relativização da regra da imutabilidade dos contratos, como que a sugerir a possibilidade de revisão. O Direito Canônico, em especial na Idade Média, e tendo por fundamento a proibição do anatocismo, previu, em diversos momentos, a revisão do contrato como forma de equilibrar os pactos.

Essa tendência de revisão dos contratos também se fez presente em períodos históricos posteriores, ainda que com intensidade variada. Com efeito, tanto o Direito da Idade Moderna quanto o da Pós-modernidade previram formas de revisar os contratos, isto é, de adaptar o seu conteúdo. A respeito disso parece não existir qualquer dissenso, de sorte que a possibilidade de revisão, ou mesmo resolução contratual, fundada em fator superveniente, não restou, ao longo da história, de todo afastada de nenhum ordenamento jurídico, em especial o dos países ocidentais.

Isto serve para sugerir que a adaptação dos contratos aos fatos da vida social sempre acompanhou a história do homem. Não se imagine, contudo, que isso tenha ocorrido sempre como regra, ou seja, que a adaptação tenha estado sempre presente no Direito dos países ao redor do mundo como uma alternativa à disposição dos contratantes. O que se permite concluir, bem diferentemente disso, é que a revisão, em alguns momentos, ou rareou ou se tornou a regra.

No contexto contemporâneo, e tomando por base a realidade acima referenciada, podem-se resumir, no que diz respeito à revisão dos contratos, os ordenamentos jurídicos em dois grandes grupos: (a) o dos revisionistas e (b) o dos

antirrevisionistas. No primeiro grupo, há, como regra, norma civil autorizando a revisão dos contratos, seja ela fundada na cláusula *rebus sic stantibus*, seja na teoria da alteração da base econômica objetiva do contrato; no segundo, a revisão, ainda que permitida, o é em caráter excepcional, e não como cláusula geral que tenha sua razão de ser em fatores supervenientes.

Em todos os casos, porém, o que se objetiva é a equalização dos efeitos do contrato, de modo a fazer com que não pese sobre os ombros de um dos contratantes obrigação demasiado onerosa. Esteja, pois, a revisão fundada na cláusula *rebus sic stantibus*, esteja ela assentada na alteração da base econômica objetiva do contrato, o fim último buscado, em casos tais, é, mais do que qualquer outro, a realização da justiça distributiva no tocante às obrigações assumidas, que, por motivos alheios e superiores à vontade de um dos contratantes, não pode ter seu desfecho regular.

Não se imagine, contudo, que sempre que houver onerosidade excessiva, estará autorizada a revisão (ou a resolução, a depender do caso). Essas formas de alteração do conteúdo do contrato só serão franqueadas quando a desproporção entre a obrigação inicialmente pactuada e aquela que tiver de ser adimplida ao final da avença for manifesta e excessivamente custosa a um dos contratantes. Isso equivale a dizer que nem todo tipo de onerosidade excessiva é bastante em si para autorizar a revisão ou a resolução do contrato.

A esse propósito, podem-se apontar os pressupostos a seguir como sendo aqueles que a doutrina entende necessários para qualquer revisão (ou resolução) do contrato fundada em fato superveniente, quer se utilize da *cláusula rebus sic stantibus*, quer se faça uso da teoria da base objetiva do contrato. São eles: (a) alteração radical das prestações inicialmente pactuadas; (b) onerosidade excessiva decorrente dessa alteração e fora da álea normal do contrato; (c) ausência de voluntariedade por parte do devedor no tocante ao inadimplemento; (d) comutatividade e onerosidade; e (e) execução continuada ou diferida. Configurados conjuntamente tais pressupostos, abra-se possibilidade ou para a revisão ou para a resolução do contrato.

Mas, afinal, quais as teorias que embasariam tais alterações de conteúdo do contrato?

Aqui, também é possível fazer-se uma divisão bipartite: (a) teorias intrínsecas e (b) teorias extrínsecas. As primeiras recebem essa denominação porque se

referem a aspectos internos da relação obrigacional (vontade, prestação etc.); as segundas, ao contrário disso, se relacionam a fatores externos, posicionados do lado de fora do engenho obrigacional. Muitas são as espécies de umas e de outras, algumas já sem tanta relevância teórica, posto que totalmente dissociadas do modelo revisional ou resolutivo em vigor na maioria dos países do mundo. Analisar-se-á, portanto, apenas as mais importantes de cada partição.

A primeira delas, pertencente ao grupo das teorias intrínsecas, é a teoria da imprevisão. Segundo os escólios dessa teoria, de origem francesa, a vontade dos contratantes não haveria de prevalecer, autorizando, portanto, a revisão ou a resolução, sempre que fatores absolutamente imprevisíveis ocorressem, impossibilitando o adimplemento da prestação inicialmente pactuada. Para seus defensores, não bastar que o fato tenha sido imprevisível, é necessário que ele seja, no contexto, imprevisível. Ela peca pelo excesso e, porque, ao exigir a total imprevisão como requisito à revisão ou à resolução, torna-se excessivamente rígida, com nítido prejuízo à parte mais vulnerável da relação obrigacional.

Outra espécie desse mesmo gênero (teorias intrínsecas) é a teoria da onerosidade excessiva. De origem italiana, ela é de uso frequente, inclusive na legislação pátria (arts. 478 a 480 do CC/2002). Atua diretamente na vontade dos contratantes. Consiste, como registra Ricardo Pereira Lira (1985, v. 159), na recusa ao cumprimento da prestação tal qual pactuada, *em virtude da superveniência de um desequilíbrio entre dita prestação do devedor e a contraprestação incumbente ao credor*. Veja-se que, aqui, diferentemente do que ocorre com a teoria da imprevisão, não há necessidade de que a prestação seja imprevisível para ela poder ser invocada; o que se exige, de fato, é apenas que a prestação, mesmo que previsível, ainda que não prevista, tenha se tornado de adimplemento extremamente custoso, bem além das forças do devedor, por motivos alheios à sua vontade e fora da álea normal do contrato.

Digna de nota, por fim, como integrante do grupo das teorias intrínsecas, é a teoria do equilíbrio das prestações. Sua essência está em que o contrato deve servir aos contratantes até quando houver equivalência material das prestações. Afastada tal equivalência, ficaria o devedor autorizado a, *sponte sua*, não mais cumprir a prestação inicialmente pactuada. Seria ela, na verdade, reflexo candente de uma concepção de justiça fundada na comutação enquanto instrumento para o alcance da equidade nas prestações. Como sugere André Perin Schmidt Neto (2012, p. 125),

o perigo da adoção dessa teoria residiria no fato de que todo aquele que contrata assume riscos, e, portanto, não seria adequado permitir que esses tais riscos viessem a autorizar a revisão (resolução) do contrato. Essa circunstância, segundo ele, assumiria os contornos de fator de grande instabilidade.

Agora já no campo das teorias extrínsecas, pode-se fazer menção, primeiramente, à teoria da concepção subjetiva do caso fortuito. Segundo os adeptos dela, a alteração radical das prestações inicialmente pactuadas seria, em tudo por tudo, entendida como um fortuito. Seguindo essa linha de raciocínio, a prestação pactuada por ocasião da formulação do contrato assumiria ares de nulidade e, por conseguinte, impossível de ser cobrada. Haveria, em resumo, a equiparação, com base no fortuito, de uma obrigação viável a uma obrigação nula, afastando-se, assim, a obrigatoriedade daquela.

O grande motivo de rejeição dessa teoria está na confusão flagrante que é levada a efeito entre a cláusula genérica *rebus sic stantibus* e figuras outras que, a despeito de afins, não podem ser consideradas como integrantes dos elementos da referida cláusula.

Outra teoria extrínseca digna de nota é a teoria do risco. *A priori*, tomando-se por base tão somente a nomenclatura, poder-se-ia imaginar que o risco, enquanto elemento externo à obrigação e superior à vontade dos contratantes, autorizaria a revisão ou resolução. A ideia que, todavia, foi exposta por seus idealizadores é exatamente a oposta. Segundo eles, o risco é parte inerente aos contratos e, sendo assim, ele é de todo previsível, mesmo que não previsto. Disso decorreria a tese segundo a qual não é possível modificar o contrato em sua fase de execução, pois o risco de que o objeto da obrigação restasse modificado já existia desde o início, quando da formulação do contrato.

As críticas que se pode conferir a essa teoria encontram fundamento em que sua aplicação pode levar a situações de extrema desigualdade, capazes mesmo de ensejar desequilíbrio material. Logo, ainda que verificada a onerosidade excessiva da prestação, por se entender que tal onerosidade estaria ínsita ao próprio risco, não haveria espaço para revisão (resolução). É preciso reconhecer que esse rigorismo não se compadece com os valores da moderna teoria contratual, o que, somado aos argumentos supra, servem para rechaçar essa teoria.

A última das teorias extrínsecas, e, sem dúvida, a mais importante delas, em especial para os objetivos deste trabalho, é a teoria da base objetiva do negócio

jurídico. Nascida na Inglaterra e depois estendida para outros ordenamentos europeus, em especial para o da Alemanha, onde Karl Larenz a reestruturou, a teoria em questão trabalha essencialmente com a manutenção do equilíbrio contratual. Seu objetivo é fazer com que prestação e contraprestação se mantenham paritárias durante todo o percurso do contrato, preservando, assim, o nivelamento entre credor e devedor.

Caso contrário, isto é, na hipótese de existir alguma modificação dessa base objetiva, a ponto de fazer com que as prestações iniciais do contrato não tenham condições de ser adimplidas ou porque se tornaram excessivamente onerosas ou porque existe verdadeira impossibilidade fática de fazê-lo, resta autorizada a mudança do conteúdo do contrato. Logo, tudo aquilo que alterar a base objetiva é suficiente para rever ou resolver o contrato. Segundo Siebert, citado por André Perin Schmidt Neto (2012, p. 153), desaparece a base do negócio jurídico, quando a *relação de equiponderância entre prestação e contraprestação se deteriora em tão grande medida, que de modo compreensível não se pode mais falar em 'contraprestação'*.

Atente-se, contudo, para o fato de que, segundo a visão acima explanada, a imprevisibilidade não integra o rol de pressupostos para a revisão ou resolução do contrato. Vale dizer: a modificação com esteio na doutrina ora em análise resta autorizada mesmo naquelas hipóteses em que era possível prever-se o resultado e ele não foi previsto. Isso afasta, pois, da compreensão e aplicação da teoria da base objetiva do negócio jurídico, a mais não poder, o elemento da imprevisibilidade.

Nesse mesmo norte, ressalte-se, por óbvio, que se fala aqui daquela imprevisibilidade relativa a fatos que alterem sensível e substancialmente as bases do contrato, e não daquelas outras situações em que a previsão é ínsita ao vínculo, ou seja, em que ela é elemento da própria álea contratual. É nesse ponto que, essencialmente, se diferenciam as teorias da imprevisão, veiculada pela cláusula *rebus sic stantibus*, e a da base objetiva do negócio jurídico.

A aplicação da teoria da base objetiva do negócio jurídico tem como requisitos principais, como bem sugere Laura Coradini Frantz (2004), *a destruição da relação de equivalência (na medida da boa-fé) ou a impossibilidade de se alcançar a finalidade do contrato (na medida da função social)*.

3.5 DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: TRAJETÓRIA EVOLUTIVA E O ALCANCE DE SUAS FUNÇÕES

A noção de boa-fé se fez presente ao longo de toda a trajetória evolutiva do Direito, desde aquele praticado em sociedades remotas até o que hoje se põe em vigor nos sistemas jurídicos das nações mundo afora. Isso se deve, certamente, ao fato de que, subjacente à ideia de boa-fé, sempre se fez presente um elemento essencial à manutenção de qualquer agrupamento humano, a saber: um estatuto mínimo de regras morais. Tanto é assim que Ripert, citado por Edvaldo Sapia Gonçalves (1998, p. 127), defende ser *a boa fé um dos meios utilizados pelo legislador e pelos tribunais para fazer penetrar a regra moral no Direito Positivo*.

Segundo sugere Menezes Cordeiro (2011, p. 53-54), aquilo que hoje se conhece por boa-fé teve sua origem remota na *fides* romana. Vinculada à ideia de honestidade, de honradez, de lealdade, tal concepção impunha o dever a qualquer pessoa de respeitar a palavra assumida, cumprindo com o pactuado. O mandamento que se extraía de sua essência decorria, basicamente, da máxima romana *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1.1.1.1. Ulpiano, 1, Reg.), ou seja, viver honestamente, não prejudicar o outro e dar a cada um o que é seu.

Mas o substrato da *fides* romana não parava por aí. Ele ia além disso, a ponto de Larissa Leal, citada por Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha (2007, p. 85-86), sustentar que *a fides romana evoluiu da simples idéia do respeito devido à palavra dada para a formulação de todo um sistema comportamental*. Suas bases, portanto, ao longo dos diversos períodos da história do Direito romano, extrapolaram as fronteiras de um mero estatuto moral particular para atingir, bem além disso, patamares de verdadeira cláusula geral a reger o direito material da época.

Reforçando essa ideia de que a boa-fé em Roma se tornou regra de aplicação geral, José Carlos Moreira Alves, citado por Nelson Rosendal (2005, p. 75-76), assevera:

Que a *bona fides* no direito romano das obrigações significava a fidelidade à palavra dada com o dever de cumprimento da promessa.

A sua função consistia em exigir que os contratantes atuassem sem dolo e segundo o critério de relações leais, exigindo comportamento honesto positivo. No direito clássico, os *iudicia bonae fidei* concedem ao magistrado maior liberdade de apreciação, alargando o *officium iudicis*. Já no direito pós-clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual.

A ideia de boa-fé desenvolvida pelos romanos iria, mais tarde, na Idade Média, segundo escólio de Larissa Leal (2007, p. 89), *resvalar para o esquecimento quase total, com exceção do tratamento a si dado pelo Direito Canônico, ainda que tão-somente em sua vertente subjetiva*. Diferentemente do que ocorrera no período do Direito romano pós-clássico, no qual a boa-fé se objetivara e assumira a roupagem de cláusula geral, na fase do Direito Canônico ela foi trabalhada apenas em seu aspecto subjetivo, ligando-se, essencialmente, à doutrina e aos valores do Cristianismo. Isso fez com que ela assumisse elevado conteúdo moral, mas que não servisse de *standard* jurídico ou regra de comportamento capaz de impor padrões sociais de honestidade e lisura.

Há, como se vê, diferenças ontológicas entre o conceito de boa-fé desenvolvido pelos romanos e aquele praticado na Idade Média pelo Direito canônico. Fernando Noronha, citado por Nelson Rosenvald (2007, p. 80), bem demonstrou tais diferenças, lançando os seguintes registros a respeito da diferença entre boa-fé subjetiva e objetiva:

A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte.

O retorno da boa-fé às bases objetivas, viabilizado pela recepção do *Corpus Juris Civilis* na pandectística alemã, só veio a ocorrer, como reconhece Franz Wieacker (1967, p. 608), com o advento do BGB, que, segundo ele, já no §

242⁹, reservou tratamento essencialmente diverso daquele que vinha sendo atribuído ao instituto, fazendo ressurgir a noção de boa-fé como regra de conduta. A importância da mudança foi tanta que o autor fez o seguinte comentário a respeito dela:

No direito das obrigações, o BGH deu, desde logo, ao § 242 [princípio da boa fé], uma importância totalmente nova. Ele encarou-o não já como correctivo e princípio interpretativo do conteúdo da relação obrigacional, mas como fundamento unitário da própria obrigação, de modo a que todas as restantes prescrições do direito das obrigações aparecem apenas como manifestações deste princípio. Esta modificação de posição não tem um carácter apenas declamatório, como pode parecer à primeira vista; ela também não provém apenas de uma esperança, por demais acentuada, no renascimento dos comandos morais no plano do direito privado. Aqui se exprime também e antes de mais uma outra pretensão, esta de política do direito: se o § 242 é apenas uma norma fundamental do direito das obrigações, então é permitido ao juiz, sem prejuízo da sua fundamental vinculação à lei (art. 20 da Lei Fundamental), modificar ou abrogar qualquer norma isolada do direito das obrigações, invocando o § 242.

Foi nessa quadra da história que se decantaram e, portanto, puderam se dividir adequadamente as noções de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira passara, àquela altura, a denotar, como bem aponta Judith Martins-Costa (1999, p. 411), um *‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável*; a segunda, por seu turno, também na acepção da referida autora (1999, p. 411), significaria um modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, *segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*.

A boa-fé objetiva ocupara, pois, posição de destaque no cenário jurídico, antes impensada, e, por isso, já não podia ser concebida restritivamente, como o fora noutros tempos, em especial na Idade Média. Seus novos moldes lhe impunham, como hoje se reconhece, um espectro de incidência e uma importância

⁹ Uma tradução aberta do § 242 do BGB de 1900 seria a seguinte: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

jurídica infinitamente superior, a ponto de os sistemas jurídicos atribuírem-lhe, num caminho sem volta, a condição de verdadeiro princípio do direito das obrigações.

Reconhecendo esse papel diferenciado que passou a ser ocupado pelo instituto da boa-fé objetiva foi que Cláudia Lima Marques (2011, p. 215-216), afirmou que:

Fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeito ao cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).

No mesmo sentido é o escólio de Paulo Lôbo (2013, p. 75), para quem:

(...) A evolução do direito fez despontar deveres gerais de conduta, cujos fundamentos axiológicos se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter ‘caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento’, referido por Larenz, que tanta influência exerceu na civilística brasileira.

Essa mudança de paradigma experimentada pela boa-fé objetiva, que a elevou ao patamar de modelo ideal de conduta, enfim, de verdadeiro princípio, foi capaz de atribuir-lhe, por conseguinte, funções bastante importantes. Dentre elas, as que granjearam maior destaque foram as seguintes: (a) a de cânone hermenêutico contratual; (b) a de norma criadora de deveres jurídicos gerais de conduta, que excedem o próprio dever de prestação; e (c) a de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos. Cada uma dessas funções tisnou, ao seu modo, o direito contratual moderno com novas cores, fazendo com que mais do que em qualquer

outro período da História do Direito tenha se buscado manter o equilíbrio entre as partes no desenrolar da relação obrigacional.

A esse propósito, e dando ênfase a uma categoria específica dessas funções – a da criação de deveres gerais de conduta – é que se percebe o quanto o vínculo obrigacional sofreu mudanças ao passar a ser visto como um processo, isto é, como um conjunto complexo de direitos, deveres, poderes e estados de sujeição.

Agora, diferentemente de antes, impõe-se que a obrigação não seja compreendida como vínculo estático e passe, ao contrário, a ser encarada sob a perspectiva processual, dinâmica. Nessa nova ordem surgem deveres gerais de conduta para além daqueles inicialmente pactuados. Todos, porém, voltados a cumprir as funções atribuídas à boa-fé objetiva, quais sejam, pautar os comportamentos sociais, ordenando-os, de modo a fazer com que cada contratante aja com fidelidade e cooperação para com o outro, e nos limites da confiança depositada.

Nesse sentido, interessa frisar que os deveres gerais de conduta têm seu campo de incidência desvinculado da vontade das partes. Em última análise, eles aderem aos chamados deveres de prestação e, numa órbita mais elástica, fazem surgir a todos os integrantes do vínculo (credor, devedor e demais participantes) uma pauta de conduta própria, que gruda ao núcleo central e que, cristalizando-o, traça balizas limitadoras da autonomia privada. Para isso, esses deveres gerais de conduta vêm embebidos de um substrato de solidariedade, de cooperação e de informação. Essa é a essência de suas funções.

Descabido, portanto, a esta altura do desenvolvimento do direito material em geral e, em particular, do direito das obrigações, imaginar que os deveres gerais de conduta tenham suas funções restritas àquelas que lhe atribuiu Karl Larenz (1958, 22), quais sejam, as de que eles seriam apenas deveres anexos, secundários, vinculados ao dever de prestação e dele dependente e, como tal, não poderiam ser demandados autonomamente, gerando tão-só direito à indenização. Não, em absoluto.

De fato, os deveres gerais de conduta exercem funções bem mais nobres no contexto da modernidade, atingindo a todos os participantes do vínculo obrigacional, inclusive terceiros, e impondo-lhes, independentemente dos estritos limites do dever de prestação pactuado, deveres pré e pós-contratuais, o que faz surgir para todos, indistintamente, dentre outros: (a) o dever de realizar a função social das

obrigações; (b) o dever de fazer valer a equivalência material das prestações; (c) o dever de agir com equidade; (d) o dever de informar; e (e) o dever de cooperar, do qual decorre, sob nossa ótica, o dever geral de renegociação. E deste último dever geral de conduta que trataremos no capítulo a seguir.

4 LINEAMENTOS SOBRE A CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO

Buscar-se-á, aqui, fazer um registro dos traços distintivos da categoria jurídica do dever geral de conduta e, em específico, do dever de renegociação, abordando: (a) o contexto histórico do seu desenvolvimento; (b) seu conceito; (c) sua vinculação ao princípio da boa-fé objetiva; e (d) seu posicionamento no contexto das obrigações complexas.

4.1 TRAJETÓRIA CONCEITUAL DA CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE CONDUTA

A análise do desenvolvimento histórico da categoria jurídica do dever geral de conduta impõe uma pequena volta à época do Estado Liberal. Não que essa categoria tenha sido forjada nesse paradigma. Mas a sua compreensão ficará prejudicada se não se conhecer, minimamente, o modelo citado para, ao depois, compará-lo com o tipo do Estado Social, este sim, a ambiência em que ela surgiu.

O Estado Liberal clássico, de cunho eminentemente burguês, surgiu, como registra a melhor doutrina (BONAVIDES, 1996, p. 67), com a Revolução Francesa no ano de 1789. O mundo, à época, e particularmente a França, vivia uma experiência ímpar, talvez sem paralelo na história recente da humanidade: a disputa pelo poder político polarizada, de um lado, pela burguesia e, do outro, pela monarquia absoluta e pelo Clero. Essa luta, que se revelou suficiente para reorganizar a política no mundo ocidental, ficou conhecida, mais tarde, como a quebra do *Ancien Régime*.

Tudo teve início, nunca é demais lembrar, quando, em razão da derrocada do sistema feudal de produção, sucedeu-lhe a monarquia absolutista. Esta, extremamente endividada com os gastos que realizava para poder manter guerras e privilégios, passou a desempenhar uma política econômica desastrosa, desconsiderando por completo a situação de penúria em que vivia o povo francês.

Essa realidade, somada ao fato de que a burguesia estava insatisfeita, - pois, por mais que detivesse boa parcela do poder econômico, faltava-lhe poder político -, foi suficiente para desaguar na convocação de Estados Gerais, o que acontecera pela última vez ainda no reinado de Luís XIII.

Em maio de 1789, viria a primeira vitória: o voto, que naqueles conclaves era contado por casta ou classe, passou a ser contado individualmente. Isso acirrou os ânimos e fez com que os demais estamentos ali representados - nobreza e clero - se abstivessem da votação. Valendo-se dessa oportunidade, o Terceiro Estado, com fundamento nas ideias de Sieyès, separou-se dos demais e declarou-se assembleia nacional constituinte.

Mais tarde, sem ter como deixar de ceder às pressões, inclusive populares, Clero e Nobreza reconheceram a legitimidade da assembleia constituinte e, renunciando aos privilégios feudais garantidos pelo Absolutismo, referendaram, em 26 de agosto de 1789, o novo regime através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Estava consolidada a Revolução Francesa.

A ascensão da burguesia ao poder político, por seu turno, revelou a necessidade de se estabelecer um *standard* valorativo capaz de por termo ao poder divino dos monarcas. Construiu-se, pois, um padrão axiológico assentado no racionalismo, no individualismo e no universalismo. Com base nesses novos postulados, passou-se a criticar a religião e os valores pré-estabelecidos pela Igreja Católica, bem assim a ética comunitária reinante no período feudal que pouco valorizava o indivíduo; e, ademais, incrementou-se a difusão da ideia de que a natureza do homem é idêntica em qualquer lugar.

Essa nova pauta de valores não tardou a refletir-se por sobre o direito e a ciência econômica, fazendo surgir, respectivamente, os primados da igualdade perante a lei e da autonomia plena da vontade, como também o liberalismo econômico e suas derivações, a saber: atuação livre do mercado, valorização e defesa da propriedade privada, livre iniciativa e livre competição. No campo específico da teoria clássica dos contratos, surgiram os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do consensualismo e da autonomia da vontade.

O grande problema desse ideário liberal-iluminista foi a utilização dos valores acima apontados para a satisfação dos interesses da burguesia. É dizer: o racionalismo, o individualismo e o universalismo transmudaram-se em instrumentos

de dominação da classe ascendente sobre a classe pobre. Imaginou-se, por equívoco, que submeter indivíduos materialmente distintos à mesma lei formal e às mãos invisíveis do mercado, seria suficiente para igualá-los, o que se verificou não ser verdade.

Não tardou em se reconhecer que a política liberal era capaz de gerar inúmeras injustiças sociais. Falta de acesso à escolaridade, condições precárias de trabalho, impossibilidade de rever o conteúdo dos contratos, tudo isso fez ruir o edifício Liberal. A consequência de tais mudanças foi o surgimento de movimentos revolucionários que, calcados numa ética voltada ao social e à cooperação entre sujeitos, fez surgir novo paradigma estatal: o Estado Social.

Com o Estado Social, teve início verdadeira ebulição de ideias. No campo dos valores, surgiu o humanismo; no da filosofia política, o intervencionismo estatal (destinado a fazer valer direitos de liberdade e direitos sociais); no da ciência econômica, o exercício, pelo Estado, da atividade regulatória dos mercados; e, no direito, a boa-fé e o primado da igualdade material. Foi sob os influxos desses novos valores que, do final do século XIX até meados do século XX, assentou-se o modelo do *Welfare State*.

Na seara dos contratos, esse modelo fez surgir princípios que modificariam a forma de conceber o instituto. Passaram a conviver conjuntamente, sem que uns excluíssem os outros, os princípios da teoria clássica - em certa medida remodelados por conta da mudança de paradigma - e os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato. Estava lançada uma nova pauta axiológica.

Fruto dessas mudanças, os contratos passaram a ser regidos não apenas pela vontade das partes, que cedeu seu lugar de destaque à lei, mas também, e principalmente, por normas de ordem pública, dotadas de cogência e força interventiva, criadas para promover o equilíbrio material entre as partes e suficientes para fazer surgir uma autonomia regrada da vontade. Consolida-se, assim, um modelo de estado intervencionista.

Outro reflexo bastante visível dessa nova atitude do Estado perante os contratos foi o de permitir, o que não acontecia antes, a interferência do juiz no conteúdo das avenças. De mero reproduzidor da vontade declarada pela lei, o magistrado transformara-se em intérprete autêntico dela. Ou, na feliz síntese feita por Cinara Palhares (2010, p. 23):

O direito passou a viver uma época de incertezas, acompanhando as tendências pós-modernas. As legislações passaram a prever cláusulas gerais, que abriram o sistema para a incorporação de novos valores sociais. O papel dos juízes na interpretação e aplicação dos conceitos abertos de boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato passa a ser crucial nessa nova feição do ordenamento jurídico, numa época de transição paradigmática marcada pela insegurança, pela incerteza do direito e pela forte e rápida oscilação de tendências. Com isso, restou caracterizada uma mudança no paradigma jurídico: *do paradigma da lei para o paradigma do juiz*.

É em meio a esse contexto de socialidade¹⁰ que a categoria jurídica do dever geral de conduta surge. Logo, não sendo mais possível pensar as relações jurídicas como um vínculo estático, instantâneo, mas sim como um processo que se desenvolve ao longo do tempo e que, por isso, necessita da intervenção judicial para adequá-lo à realidade, impõe-se prever deveres gerais de conduta, instrumentais às obrigações, atribuíveis a ambas as partes e a terceiros, e por meio dos quais se espera guiar a atividade delas conforme o princípio da boa-fé objetiva.

4.2 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL SOB A PERSPECTIVA PROCESSUAL

A relação obrigacional dinâmica (ou sob a perspectiva processual, como aponta Judith Martins Costa (1999, p. 383)) se afasta por completo da noção de obrigação construída pelos romanos. Para estes, obrigação nada mais era do que um vínculo instantâneo, uma sujeição bipolar, a unir, de um lado, o credor e, do outro, a figura do devedor. Não havia, sob esse ângulo de visão, atribuição de importância para uma estrutura de múltiplos deveres que fosse bem além da simples relação crédito/débito.

A obrigação complexa - como também é chamada a obrigação dinâmica - diferentemente disso, leva em consideração todo um conjunto de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação, estados de sujeição e outros

¹⁰ A expressão foi referida por Miguel Reale, em sua obra *O projeto do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

elementos que se agregam à relação obrigacional no decorrer de seu desenvolvimento.

Visualizar, portanto, a obrigação sob o ponto de vista processual é atribuir ao vínculo um espectro de atuação muito mais amplo do que simplesmente aquele que se atribui à relação crédito/débito. É, noutro dizer, levar em conta aspectos internos da relação obrigacional, isto é, aspectos da realidade das partes que terminam por influir diretamente na formação de direitos, deveres, sujeições etc., totalmente negligenciados quando prepondera a simples análise dos seus elementos externos.

Com efeito, aquele que se propõe a analisar a relação obrigacional sob o prisma da complexidade, está, de fato, se dispondo a enxergar o vínculo não somente em sua dimensão estática, momentânea, limitada, mas também, e principalmente, naquilo que ela tem de dinâmico, isto é, no seu poder de produzir efeitos jurídicos ao longo de todo o desenvolvimento da relação. Isso aponta para a necessidade de se considerar elementos que, àqueles que não adotam esse tipo de postura, passariam despercebidos, e, sem os quais, qualquer análise jurídica mais profunda da obrigação resta prejudicada.

Naquilo que interessa ao tema deste trabalho, a noção de dever geral de renegociação, como relação capaz de vincular credor e devedor durante todo o *iter* obrigacional e de produzir direitos formativos e novas situações jurídicas, só tem espaço em meio à concepção dinâmica de obrigação. Fora dela, sua inteligibilidade resta prejudicada e, seus efeitos, restringidos. A propósito, assinala Karl Larenz (1958, tomo I, p. 37) o seguinte sobre a relação obrigacional sob a perspectiva dinâmica:

Passemos, pois, agora, a estudar a relação de obrigação como um todo. Sob este conceito entendemos a relação de obrigação não apenas como o faz a lei (p. ex., no § 362), quer dizer, como a relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como uma relação jurídica total (p. ex., relação de compra e venda, de locação, de trabalho), fundamentada por um fato determinado (p. ex., este contrato *concreto* de compra e venda, de locação ou de trabalho) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos (p. ex., um direito de renúncia ou um direito de opção) e outras situações jurídicas (p. ex., competência para receber uma denúncia). É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de consequências jurídicas, quer dizer, daquelas

relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica.

O que Karl Larenz tenta repassar ao leitor ao fazer esse tipo de análise da relação obrigacional, como bem captou a professora Judith Martins Costa (1999, p. 393), é que o vínculo obrigacional é bipolar, por certo, *mas não pode ser visto de uma perspectiva atomística (que secciona as partes que o compõem) e estática (que o vê como a mera soma das partes)*.

Consequência dessa forma de encarar o vínculo obrigacional é reconhecer que, durante toda sua extensão, e em razão das mais diversas eventualidades, ele pode gerar às partes a assunção de novos direitos e de posições jurídicas inicialmente não pactuadas ou previstas, ou até mesmo não desejadas. Tais deveres e posições vão desempenhar papel importantíssimo sobre o vínculo, na medida em que serão capazes de impor pauta de conduta objetiva tendente a realizar os fins socioeconômicos da relação obrigacional.

Os deveres gerais de conduta se classificam em quatro grandes grupos: (a) deveres de proteção; (b) deveres de esclarecimento; (c) deveres de lealdade; e (d) deveres de cooperação ou assistência. Por força dos primeiros, impõe-se conduta com vistas a evitar ou, não sendo isso possível, a minorar danos ao patrimônio ou às pessoas dos contratantes; pelos segundos, obrigam-se os sujeitos do vínculo obrigacional a informar a contraparte de todos os aspectos da relação, principalmente daqueles capazes de produzir efeitos deletérios; os terceiros, geram, no dizer de Menezes Cordeiro (2007, p. 606), a obrigação de evitar *comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado*; por conta dos últimos, as partes obrigam-se mutuamente a, durante toda a relação, prestar assistência para que o objetivo funcional da relação seja alcançado.

Essa divisão dos deveres gerais de conduta é indicativa de que a forma como cada uma das partes deverá se comportar ao longo do contrato envolve, além dos direitos e deveres pactuados, uma série de outros direitos, deveres e situações jurídicas ditos instrumentais, todos vinculados à noção de boa-fé objetiva e calcados na eticidade e na cooperação. Apenas a concepção de relação obrigacional como vínculo dinâmico, processual, é capaz de ressaltar essas nuances.

Sendo assim, sob a perspectiva das relações obrigacionais complexas a boa-fé objetiva acaba por exercer forte influência no direcionamento das condutas das partes. E mais: essa diretriz comportamental produz efeitos jurídicos tanto antes da formação do vínculo, quanto depois da extinção do contrato, o que revela seu largo alcance de incidência.

Corolário da categoria jurídica do dever geral de renegociação, e decorrente da boa-fé objetiva, a chamada doutrina da culpa *post pactum finitum* é identificada por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2007, p. 91-94) como uma extensão dos deveres gerais, a ter vigência para além do término do vínculo contratual. Segundo ele, esta teoria, muito em voga na Alemanha, objetivaria espalhar os efeitos dos deveres gerais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva para momento posterior ao encerramento do vínculo.

Ocorre, porém, que o professor, ao fazer referência às situações que seriam objeto de aplicação da teoria do *post pactum finitum*, ou seja, das situações em que se configuraria a pós-eficácia obrigacional, termina por sugerir casos os quais, à vista da perspectiva dinâmica da relação obrigacional, são casos de incidência de verdadeiros deveres gerais de conduta.

Ou seja: não se estaria, em tais situações, frente a casos que permitissem a aplicação da teoria, mas sim da teoria dos deveres gerais de conduta. Afinal, sendo a relação obrigacional um vínculo que une os contratantes desde a fase pré-negocial até a pós-negocial, todos os deveres aí surgidos se incluem em seu interior e, sendo assim, a integram em tudo por tudo, para todos os fins.

Portanto, se há previsão legal de um efeito para depois do término do contrato; ou se após o cumprimento da obrigação principal, deveres outros surgem por força das obrigações secundárias; ou se, por fim, a eficácia é protraída no tempo, por força da natureza do contrato firmado, em todas essas situações estar-se-á frente a casos de aplicação dos deveres gerais de conduta, e não da teoria do *post pactum finitum*.

Como bem sustenta Rogério Ferraz Donnini, (2007, p. 129), nos casos em que a *própria norma jurídica impõe um certo efeito, não há que se falar em pós-eficácia, mas em eficácia, isto é, a lei prevê que uma da obrigação tem de ser cumprida em momento posterior.*

4.3 CONCEITO

Antes de conceituar o dever geral de renegociação, faz-se mister entender-se a essência do dever geral de conduta. Este, ao propósito, pode ser conceituado, segundo Motta Pinto (1985, p. 281), como o conjunto de:

Deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé (aqui ele está se referindo à boa-fé em seu sentido objetivo) em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação.

Como se vê, falar de dever geral de conduta é falar de obrigação instrumental que se soma às demais obrigações, para dar funcionalidade à relação, efetivando-a. Tal obrigação decorre da boa-fé objetiva e, segundo Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p. 1), traduz-se em verdadeiro dever geral de conduta, atualmente erigido à condição de princípio, não vinculado apenas ao dever de adimplir a obrigação, mas a todo o vínculo, em sua mais completa configuração. Segundo o professor:

Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros.

Portanto, a categoria jurídica do dever geral de conduta não se refere apenas a um aspecto da relação obrigacional – o aspecto prestacional – mas sim, e em especial, a todos eles, de modo que, por seu intermédio, estabelece-se verdadeiro guia a reger o comportamento dos sujeitos durante todo o transcurso da obrigação. E isso se espraia desde antes do contrato, na chamada fase pré-contratual, até a

fase pós-contratual, quando, mesmo cumpridas as obrigações pactuadas, algumas restam a produzir efeitos, como forma de garantir a função social e o equilíbrio material do contrato. Seria o mesmo que dizer, nas palavras de Maria Patrícia Oliva Gontijo (2010, p. 119-146), que:

Como a denominação explica, tais deveres não estão na órbita do contrato, mas paralelos a este. Por isso, eles não se ligam diretamente à espécie do contrato ou da prestação principal. São deveres de conduta impostos durante todo o desenrolar da relação contratual e das circunstâncias advindas dela, bem como daqueles que antecedem e sucedem o contrato. Desta forma, eles não constituem prestações específicas da relação obrigacional, até porque não são previsíveis com antecipação. Apenas quando da sua violação pode-se inferir que a boa-fé contratual não restou observada, seja pela ausência de conduta correta e legal que se esperaria de um parceiro contratual, seja por um comportamento contrário à boa-fé. Somente após transgredido o dever, é possível verificar qual a conduta seria esperada daquele que inobservou a boa-fé.

A boa-fé objetiva impõe, portanto, em meio a esse contexto, um imperativo de conduta às partes que exige delas o direcionamento do seu agir não apenas em benefício próprio, mas sim de ambas as partes da relação. Ele seria um verdadeiro dever de benefício mútuo, dever tal que vai além das obrigações principais ou acessórias e, independentemente de previsão, acompanha a relação desde antes de sua formação até após sua execução. A esse dever dá-se o *nomem iuris* de dever geral de conduta.

Mas qual seria o conceito e onde se encaixaria o dever geral de renegociação em meio à realidade dos deveres gerais de conduta?

Pensa-se, de fato, que o dever geral de renegociação é um consectário do dever geral de cooperação, o qual, por seu turno, se revela na proibição de condutas maléficas, ilícitas ou prejudiciais e no incentivo, a contrário *sensu*, daquelas condutas que facilitem o cumprimento das prestações por parte do devedor. Seria o oposto àquela visão individual-liberalista de antagonismo entre as pessoas do credor e do devedor, onde prevaleceriam os termos de uma simples equação de interesses essencialmente contrários.

Com efeito, se durante o vínculo obrigacional a todos é imposto o dever de agir cooperativamente, de modo a fazer com que a obrigação seja executada da maneira menos onerosa e com o mínimo de dano ao devedor, e isso sempre sob os cânones da boa-fé objetiva, o dever geral de renegociação seria uma obrigação imposta à parte menos vulnerável do contrato de, considerado o estado de incapacidade momentânea da contraparte, submeter as bases da avença a uma revisão.

A razão de ser dessa obrigação (dever geral de renegociação) reside no fato de que aquele que se beneficia ao longo de todo o contrato com as prestações inicialmente pactuadas, haurindo os benefícios, práticos ou jurídicos, que tal condição é capaz de lhe oferecer, tem o dever de cooperar com a parte mais frágil da relação, em especial quando esta se encontrar impossibilitada, por fatores alheios à sua vontade e às suas forças, de cumprir a avença, impondo-lhe renegociar os termos do pacto, de modo a reequilibrá-lo materialmente e, assim, amoldá-lo aos valores axiológicos da boa-fé objetiva.

O dever geral de renegociação, assim sendo, revela-se numa obrigação que pode ser demandada autonomamente contra o credor e cujo objetivo precípua é fazê-lo partilhar, com o devedor, os ônus decorrentes da execução do contrato. Preserva-se, pois, por seu intermédio, não apenas a confiança e a lisura - que deve permear todo e qualquer vínculo jurídico -, mas assim também a igualdade material e a função social do contrato. Isso se verifica ainda com maior fundamento nos *contratos relacionais*, posto que neles as interações se renovam continuamente, podendo, ao longo do tempo, sofrer sérias modificações que justifiquem a repactuação.

4.4 O DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O dever geral de renegociação é decorrência direta do princípio da boa-fé objetiva. Como se sabe, atribui-se a este postulado jurídico (boa-fé objetiva) três funções principais: a de cânone hermenêutico, a de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos e, por fim, a de norma criadora de deveres jurídicos. É com este último aspecto que o dever geral de renegociação se relaciona mais de perto.

A essência deste vínculo está em que a boa-fé objetiva necessita, a despeito das outras funções que possua, ser dotada de um poder de coerção para ditar comportamentos. Somente assim ela será capaz de regular o modo de agir dos contratantes e, por conseguinte, fazer valer sua carga axiológica, impondo-lhes inúmeros deveres gerais de conduta, ora sob o figurino de prestações negativas (abster-se de praticar conduta que prejudique a contraparte) ora sob o figurino de prestações positivas (adoção de condutas tendentes à cooperação na execução do contrato).

Sua previsão no sistema é sinônimo de standardização comportamental. Ela, segundo Magalhães Marques (2006, p. 66-67), *reflete uma norma de conduta, um dever de agir com lealdade e em observância aos padrões sociais, com honestidade e confiança*¹¹. É, pois, com base nesse substrato – que aponta para padrões de conduta fundados na eticidade e na cooperação interpartes - que o dever de renegociação deve ser compreendido.

No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 103):

A boa-fé objetiva é dever de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, especialmente no contrato. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de conduta. Para Menezes Cordeiro ^[5], a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída ^[6], mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador. Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de se irradiar das convicções morais do intérprete. Como esclarece Larenz ^[7], deve ser tomado como módulo o pensamento de um intérprete justo e equitativo, isto é, "que a sentença há de ajustar-se à exigências geralmente vigentes da justiça, ao critério refletido na consciência do povo ou no setor social a que se vinculem os

¹¹ Magalhães Marques, Frederico do Valle. *O princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2006, v. 25, p. 66-67.

participantes (por exemplo, comerciantes, artesãos, agricultores)", desde que observados os valores de fidelidade e confiança.

O dever geral de renegociação – corolário do dever de cooperar - não pode prescindir dessa característica funcional da boa-fé objetiva: a de norma criadora de deveres jurídicos gerais. E é assim porque é dela que ele retira toda sua essência. Sua finalidade maior é conformar a atuação do credor, regulando-a, de modo a, impondo-lhe a repactuação, evitar a exploração dos devedores vulneráveis, o que, por fim, termina por se revelar na aplicação, caso a caso, do dever de realização da função social das obrigações.

5. SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO

Buscar-se-á, ao longo deste capítulo, fundamentar a defesa da ideia de que é possível o fenômeno do superendividamento servir de base à renegociação do contrato. Abordar-se-ão, com ênfase, ao propósito, os seguintes pontos: (a) a ofensa à Dignidade Humana gerada pelo superendividamento; (b) o superendividamento como fator impositivo do dever geral de renegociação.

5.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A OFENSA A ELA GERADA PELO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Indicar em que medida o superendividamento atinge e macula a dignidade do consumidor pressupõe a construção de um conceito, ainda que aproximado, da categoria jurídica dos Direitos Fundamentais. Sem isso, a conexão de sentido entre superendividamento e dignidade humana – e a extensão dos efeitos daí decorrentes – restará prejudicada. Portanto, o primeiro questionamento a responder, nessa ordem de ideias, é: em que consistem os chamados Direitos Fundamentais?

Atualmente, conceituar Direitos Fundamentais é tarefa bastante árdua. Afinal, são inúmeras as correntes jurídico-filosóficas que lhes servem de justificação, isso sem falar na gama inconciliável de influências históricas, religiosas e sociais que lhe delineiam o conteúdo¹². Não bastasse isso, no interior desses direitos se incluem classes não homogêneas e cuja estrutura normativa não é coincidente.

A despeito dessa dificuldade, apontam-se as seguintes características como sendo integrantes do conceito de Direitos Fundamentais, a saber: (a) a positividade, (b) a normatividade, (c) a limitação do poder estatal e (d) o culto à dignidade da pessoa humana.

¹² Para uma maior investigação em doutrina nacional sobre o tema, ver o inventário das mais variadas posições que foi realizado por José Afonso da Silva, em 1998, em artigo intitulado *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, publicado na revista de Direito Administrativo n. 212, p. 89 e ss.

A noção material de Direitos Fundamentais designa, no dizer de José Afonso da Silva (1992, p. 163-164):

[...] no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Vale dizer, portanto, que, segundo esse escólio, Direitos Fundamentais seriam prerrogativas que se qualificam por serem normas jurídicas categorizadas, com vigor num Estado democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder assumem posição de destaque.

Assim, sob a rubrica de fundamentais se encaixariam apenas os direitos positivados na constituição de um estado democrático de direito que servissem, a um só tempo, de promoção da dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal. Possível deduzir, portanto, à luz dessa tese, que não seriam todos os direitos previstos numa constituição, simplesmente por ali terem sido incluídos, que assumiriam a condição de Direitos Fundamentais. Por mais normatividade formal que alguns deles possuam, não lhes seria possível atribuir a condição de fundamentais, posto que o conteúdo ético e fundante desses direitos só seria encontrável, essencialmente, nos ditos Direitos Fundamentais.

Não se entenda, contudo, que quando se faz referência à positividade como característica dos Direitos Fundamentais estar-se-ia incluindo nessa categoria apenas os direitos escritos, excluindo-se dela os que não ostentam essa condição. Não, de modo algum. É que o conceito de positividade vai bem mais além do de norma meramente escrita, alcançando todas as prescrições que, a despeito de não terem previsão legal expressa, decorram implicitamente do ordenamento jurídico como valor fundante. Não se pode equiparar, nesse contexto, norma positiva com norma escrita.

Como se vê, normatividade e limitação do poder estatal são elementos importantes e que integram o conceito de Direitos Fundamentais. Essa importância tomou lugar de destaque na história do Direito a partir do momento em que as normas sobre Direitos Fundamentais deixaram de servir como meros conselhos

morais e passaram a figurar na pauta de direitos positivos das constituições rígidas da maioria dos Estados modernos, fenômeno ocorrido a partir do advento do Estado Liberal.

Anteriormente, como não havia nos países de tradição romano-germânica a profusão de constituições que amparassem pretensões contra o Estado, falar de Direitos Fundamentais soava muito mais como discurso ideológico do que propriamente como discurso jurídico. O traço distintivo da normatividade e da limitação da atuação estatal só alcançaram, de fato, o devido respaldo quando, já no século XX, os princípios do direito privado passaram a integrar os textos constitucionais, elevando o papel central da pessoa humana nesses documentos.

Essa foi, certamente, a razão de ser da imprescindibilidade, que dali em diante se instalou nos países do eixo ocidental, em se conceber os Direitos Fundamentais como direitos dotados de normatividade máxima e de alto poder de reação contra a atuação estatal. Monumento legislativo que bem demonstra a previsão desse direito como valor fundante foi a Lei Fundamental da República da Alemanha, que, em seu art. 12, n.2, I, declarou ser a dignidade humana inviolável, sendo obrigação de todos os poderes estatais respeitá-la e protegê-la¹³.

Mas o avanço dos tempos demonstraria que essa atitude absenteísta por parte do Estado não seria suficiente para fazer valer, por si só, a normatividade dos Direitos Fundamentais em sua plenitude, nem a dignidade da pessoa humana no nível desejado. Afinal, o Estado Social já preponderava enquanto modelo de composição política e dava mostras de que era preciso que os poderes públicos agissem na promoção de direitos. Fez-se necessário, então, atribuir a esse ente político, também em sede constitucional, a tarefa de desempenhar atividades comissivas (Estado garante) tendentes a tornar palpável a pauta de Direitos Fundamentais, que, a bem da verdade, atingiu patamar elevado, em especial no período pós Segunda Guerra Mundial.

Foi em meio a esse contexto de extrema normatividade e de limitação ao poder estatal, bem assim por conta dos impactos negativos que as políticas totalitaristas e nazifascistas causaram ao povo e à comunidade internacional na

¹³ Outros diplomas legais que previram expressamente a dignidade da pessoa humana como valor fundante e, portanto, exerceram grande influência no mundo moderno foram a Constituição Portuguesa (1976 e 3ª revisão) e a Constituição Italiana (1947). No âmbito interno, é preciso reconhecer a importância atribuída pela Constituição Federal de 1988 à dignidade da pessoa humana.

primeira metade do século XX, que o valor da dignidade da pessoa humana tomou vulto e restou reconhecido na esfera jurídica. Não que ele tenha sido forjado àquela época. Não, de modo algum. Tanto assim que sua análise no seio teológico e no da filosofia distam de séculos e séculos, indo desde os romanos e passando por Kant e Hegel. Mas é inegável que foram os horrores desse particular período da história acima mencionado que fez avivar a discussão, em especial na esfera jurídica, em torno da categoria da dignidade da pessoa humana.

Considerada como valor supremo dos estados modernos, é inconcebível o alcance dos objetivos estatais sem o seu fiel respeito. É ela o repositório axiológico que guia toda a atuação do estado constitucional e democrático; e é por seu estrito respeito que o ser humano, na plenitude de suas potencialidades físicas e intelectuais, acaba por se completar. É ela, segundo José Afonso da Silva (1998, p. 89 e ss.), *plexo de atributos conformadores da singularidade e autonomia do ser humano, que o tornam, como fim em si mesmos, imune a toda e qualquer forma de coisificação ou degradação*.

No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 59-60), dignidade da pessoa humana seria:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Falar, portanto, de dignidade da pessoa humana é falar de liberdade, bem assim de igualdade e eticidade no seio social. Mas, a esse propósito, em que medida o superendividamento do consumidor seria capaz de atingir esses valores e, por conseguinte, a própria noção de dignidade?

A resposta a essa indagação passa pela ideia de que o superendividamento afasta o consumidor do mercado de consumo, retirando-lhe o crédito e diminuindo-lhe sensivelmente a potencialidade de participar da vida econômica local. Esses

fatores, que trazem ínsita a clara limitação da capacidade de agir livremente do cidadão-consumidor no meio econômico, são mais que suficiente para alijá-lo do convívio social, trazendo-lhe perdas de grande monta, algumas irreparáveis.

Não há, pois, nenhum exagero em afirmar que o superendividamento, ao atingir o núcleo central de proteção da pessoa do consumidor, acaba por macular o próprio princípio da dignidade. É que a falta/negação de crédito e a privação de acesso do superendividado aos bens e serviços essenciais - e todos os males daí decorrentes, tais como negativação em bancos de dados, restrição de crédito, perda da posse ou mesmo da propriedade de certos bens - são capazes de prejudicar sua própria subsistência e a de sua família.

Isso para as classes menos abastadas, que por força de diversas circunstâncias já fizeram do crédito instrumento indispensável à gestão corrente do orçamento e à equalização das finanças domésticas, é sinônimo de instabilidade econômica e social e, em alguns casos, de sérias privações. Não por outra razão, Covizzi (2003, p. 29) assevera que:

Hoje não se tem mais dúvidas de que o crédito, com a feição que lhe foi dada pela sociedade moderna, passou a integrar o rol de direitos constitucionais assegurados, pois sem dúvida, faz parte daqueles direitos intangíveis ligados à personalidade humana. Isso porque o crédito importa um ato de fé, de confiança daquele que dele livremente disporá.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 118), argumentando que o fundamento da dignidade humana, insculpido na Constituição Federal de 1988, fez atribuir novo significado ao direito civil, de sorte que a todos os grupos considerados frágeis e em situação de inferioridade deve-se dar a devida tutela, o que reforça a ideia aqui esposada de que o superendividamento afronta a dignidade do consumidor e, como tal, deve receber o devido tratamento, assim se pronunciou:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial

proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

A respeito da concretização da dignidade da pessoa humana, digna de nota é a posição de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 97). Segundo ele, além da necessidade de preservação da integridade física e psíquica da pessoa em si, o conceito de dignidade está intimamente ligado ao respeito às condições mínimas de vida do ser humano, de sorte que qualquer fator que atente contra isso – e o superendividamento do consumidor é, nesse sentido, sim, fator de grave ofensa – termina por afrontar a própria dignidade. A propósito, veja-se:

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade da pessoa humana exige também o respeito às condições mínimas de vida. Trata-se aqui das condições materiais da vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana.

O superendividamento não é, portanto, algo desimportante, que atinja apenas consumidores esbanjadores ou pouco previdentes e, nesse sentido, algo a ser desprezado pelos estudiosos. Na verdade, ele é, em toda sua extensão, potente fator de ofensa e desequilíbrio do consumidor e de sua família, da sociedade e, ainda, da economia. Essas suas características maléficas ofendem diretamente o conceito de dignidade da pessoa humana, na medida em que faz surgir uma subclasse de consumidores, a quem, não raras vezes, são subtraídas condições mínimas de vida.

Com efeito, estudos realizados pelo Observatório do Endividamento dos Consumidores, em Portugal¹⁴, refletem bem esses malefícios e o elevado nível de ofensa à dignidade da pessoa humana que o problema ora em questão é capaz de produzir. Segundo relatório apresentado, os consumidores superendividados se

¹⁴ Estudo disponível em www.oec.fe.uc.pt

caracterizam, dentre outros fatores, pela *enorme confusão e falta de clareza discursiva, combinada com certa apatia na voz e nos movimentos, e choro frequente* (FRADE; MAGALHÃES, 2006, P. 27). Além disso, é bastante presente o sentimento de *culpa e vergonha que sentem em relação aos filhos* (FRADE; MAGALHÃES, 2006, p. 27-28).

A socialização dos consumidores inadimplentes também se revelou, segundo tal estudo, afetada de forma grave, a ponto de o cidadão-consumidor passar, necessariamente, *pela reconfiguração das suas relações sociais* (FRADE; MAGALHÃES, 2006, p. 28-29). Isso lhe impõe: (a) a mudança ou mesmo o abandono de certos hábitos até então considerados prazerosos; (b) o desfazimento de vínculos de amizade; e (c) a ocultação de problemas financeiros de parentes e pessoas mais próximas, esforçando-se por manter a aparência da normalidade.

Além disso, o documento apontou para mudanças profundas no nível de afetividade do superendividado, a ponto de fazer com que se tornem comuns os problemas de relação dele com seu cônjuge ou companheiro e, bem assim, as discussões entre eles em função da inadimplência, o que eleva o nível de conflitualidade e termina por gerar descontrole emocional e, não raro, quebra de vínculos.

Catarina Frade e Sara Magalhães (2006, p. 42), em estudo de direito comparado no qual investigaram a fundo os dados apresentados pelo Observatório do Endividamento dos Consumidores, em Portugal, chegaram à seguinte conclusão sobre os efeitos deletérios do superendividamento:

O estudo empírico realizado junto de diversos sobreendividados deu conta de que a situação financeira precária em que estes se encontram tende a afectar de modo profundo a sua autoestima e a confiança na sua capacidade de gerir e controlar a sua vida pessoal e familiar. O processo de despromoção emocional reflecte-se num agravamento da condição físico-psíquica do indivíduo e dos seus afectos. O isolamento, os estados depressivos, os desentendimentos conjugais e o confronto com os filhos são reacções que emergem com frequência e criam a desestruturação da vida destes sujeitos. A crise financeira implica igualmente a restrição de práticas sociais, contribuindo para o isolamento social dos indivíduos e, no limite, para a exclusão social. Para além deste processo de afastamento social passivo, também pode haver um afastamento mais activo, na medida em que os indivíduos consideram que a sua capacidade financeira não se ajusta aos padrões de consumo esperados ou que eles julgam esperados e, como tal, evitam a exposição social da sua

situação. Desta forma, preferem manter a situação na esfera privada, comunicando-a por vezes aos familiares ou amigos mais próximos. Nalgumas situações acabam por pedir ajuda, por falta de alternativa. Consideram que o conhecimento da situação de debilidade financeira poderá trazer consequências sociais negativas, mas preferem arriscar a contar a terceiros do que torna-la do conhecimento dos que lhes são próximos.

Parece notório, portanto, que a configuração do fenómeno do superendividamento gera ofensa direta a um dos valores fundamentais da ordem jurídica do Estado democrático: a dignidade humana. Tal constatação revela a necessidade de tratamento pronto e adequado para a questão, já que, em última análise, superendividamento é sinónimo de ofensa: (a) à integridade psíquica das pessoas; (b) aos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e (c) ao respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária, preceitos apontados por Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 100) como elementos integrantes do conceito de dignidade humana.

Sendo assim, evitar as situações de superendividamento é o mesmo que valorizar o modelo de dignidade defendido por Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 92). Para ele, a dignidade da pessoa humana revela:

A concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.

5.2 O SUPERENDIVIDAMENTO COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO

O superendividamento do consumidor, desde que passou a ser mais bem estudado e compreendido, em especial pela ciência econômica, revelou-se fator de

risco ao crescimento sólido das nações, em especial daquelas que integram o eixo ocidental. Com economias calcadas num sistema capitalista de produção repaginado, que pressupõe a superação constante das metas de consumo e que tem no crédito papel central no acesso a bens e serviços, esses países reconheceram que alijar o consumidor do mercado consumerista poderia causar prejuízos indesejáveis tanto à macro quanto à microeconomia.

Cientes disso, EUA e a maioria dos países da Europa resolveram, em especial na última década do século XX, promover a proteção e a defesa do consumidor como um todo e, em especial, do consumidor superendividado. Nesse sentido, formularam programas de controle e reinserção dessa classe de consumidores no mercado e aprovaram legislação específica regulando a matéria, de modo a limitar a oferta de crédito e as estratégias de consumo, o que fez diminuir sensivelmente o ingresso de novos consumidores na indesejada estatística dos inadimplentes, além de retirar muitos deles, que já se encontravam envolvidos com tais problemas, de situações delicadas.

A razão de ser de toda essa preocupação com o fenômeno do superendividamento no chamado Mundo desenvolvido gravitou em torno de dois eixos centrais, bem visíveis: (a) a necessidade de se proteger o cidadão em crise de endividamento, a fim de evitar que ele e sua família percam por completo a dignidade e (b) a manutenção ou reinserção desse mesmo consumidor no mercado de consumo, como forma de sustentar a oferta sempre presente de crédito, os altos níveis de produção industrial e o padrão elevado de consumo dos mais diversos tipos de bens e serviços.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, todos esses mecanismos de defesa engendrados para proteger o consumidor superendividado fundaram-se, a despeito de algumas poucas mudanças de conteúdo, no princípio da boa-fé objetiva. A razão de ser disso é simples: é que a boa-fé, como bem assenta Antonio Junqueira de Azevedo (1999, p. 9), exerce três funções bastante importantes no trato dos negócios jurídicos, o que acaba por impedir venha a se configurar ou a se desenvolver situações de superendividamento. São elas: (a) a de ajudar na interpretação das cláusulas contratuais; (b) a de suprir eventuais falhas ou lacunas dos contratos, acrescentando o que neles não se contém, mas deveria estar contido; e (c) eventualmente corrigir algo que não é de direito. Como diz o referido professor (1999, p. 9), *esse é o papel da cláusula geral nos contratos feitos*.

Nada mais lógico, portanto, do que assentar sobre a boa-fé objetiva os alicerces de todos os negócios envolvendo o crédito fornecido aos consumidores, em especial no caso dos chamados contratos de longa duração (contratos cativos). É que, feito isso, abra-se margem para o alargamento do campo de interpretação judicial e, como consequência, aumentam-se as chances de melhor discutir as bases, tanto objetivas quanto subjetivas, desses tais contratos, fator primordial para a efetivação do princípio do equilíbrio material das prestações e a concretude do princípio da boa-fé objetiva.

Toda essa realidade de combate ao superendividamento só se tornou possível na esfera jurídica, por conta da mudança de paradigma levada a cabo na Ciência do Direito no século XX. É que os modelos de solução antes apresentados¹⁵, que defendiam a lei como expressão maior da razão e da justiça; que encontravam no Estado a única fonte de poder legítima; e que sustentavam a completude, a assepsia e a autossuficiência do sistema jurídico, foram abandonados e substituídos por um novo *standard*, no qual se exalta a centralidade do caso. Esse novo paradigma é defendido por Luis Roberto Barroso (2001, p. 12), para quem:

A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Nesse novo paradigma, de forte matiz social e de elevado potencial ético, não se encastela o juiz na solução das controvérsias, conferindo-lhe autoridade arbitrária e poder sem limites; ao contrário, e bem ao largo disso, atribui-se grande participação às partes e à sociedade, seja cooperando para o melhor desenrolar do litígio, mediante participação direta e efetiva na causa, seja cobrando e fiscalizando a atuação dos órgãos estatais ao longo de toda a demanda. É o paradigma da busca

¹⁵ Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 18), as características desse modelo, por ele nominado de clássico, seriam as seguintes: (a) caráter científico; (b) emprego da lógica formal; (c) pretensão de completude; (d) pureza científica; (e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.

do *equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo* a que faz referência Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 119-120).

Induvidoso notar, portanto, que, à vista desse novo paradigma jurídico, não se pode mais visualizar os institutos do direito sob a mesma ótica com que eles eram visualizados no período liberal. Isso simplesmente porque a teoria crítica passou a questionar, com força e eficácia pujantes, até então impensadas, as premissas sobre as quais o pensamento jurídico clássico se desenvolveu. Desse modo, tornaram-se alvo de severos questionamentos a cientificidade e a objetividade do Direito, a neutralidade do intérprete e a completude do sistema.

Em diversas categorias do Direito essas mudanças já se mostram visíveis. Basta ver o que ocorreu com temas de direito de família como o casamento, o concubinato ou a proteção à pessoa dos filhos, agora bem mais voltados ao afeto e à proteção integral do que no passado; ou o que se operou com matérias do direito das coisas, a exemplo da propriedade e da posse, sujeitas, ambas, a uma função social, algo impensável no Estado Liberal.

Mas parece ser mesmo na seara dos contratos que as grandes mudanças se implementaram, com maior força, trazendo novos contornos aos vínculos negociais. Agora, diferentemente do período em que a autonomia da vontade não encontrava limites, é preciso estabelecer nesses negócios jurídicos um forte equilíbrio entre os valores da liberdade contratual e os princípios da função social, da equivalência material das prestações e da boa-fé objetiva.

Essa realidade assume maior importância no trato do fenômeno do superendividamento quando esses novos valores são insculpidos nas Constituições da quase totalidade dos Estados ocidentais. No caso específico do Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 3º, inc. I, constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A presença marcante da solidariedade no texto constitucional e, como corolário dela, da cooperação enquanto valor fundante a reger as relações negociais, aliadas à obrigação de promoção estatal da defesa do consumidor, prevista no art. 5º, inc. XXXII, também da CF/88, bem demonstram o quanto os contratos, consumeristas ou não, não podem mais ser interpretados de forma estanque, desvinculada do contexto socioeconômico e com base numa axiologia meramente formal.

Seguindo esse mesmo rumo, a legislação infraconstitucional brasileira assegura, fortemente, a incidência da boa-fé objetiva e seus corolários. Basta ver, nesse norte, o que passaram a dispor expressamente o CDC e o Código Civil de 2002. Em ambos os diplomas assentou-se a lisura, a confiança, a cooperação e a manutenção das expectativas geradas na contraparte por intermédio do vínculo como princípio basilar dos negócios jurídicos, consumeristas ou não. Bem representativos dessa ideia, no plano dos dispositivos legais, são os art. 6.º e 51, § 2º do CDD, e 422 do CC/2002.

Como se vê, a noção de boa-fé objetiva na relação contratual, seja por força de seu assento constitucional, seja pela expressividade e minudência da legislação de base que rege a matéria, vai bem mais além do que o simples cumprimento das prestações inicialmente pactuadas. Ela envolve, isto sim, um todo orgânico, representado pela relação obrigacional considerada em seu conjunto, o que acaba por gerar às partes, além dos deveres prestacionais, os chamados deveres gerais de conduta, que vão desde a fase pré-negocial até mesmo o término da execução do contrato. Outro não é o posicionamento, na doutrina italiana, de Emilio Betti, que, citado em paráfrase por Andrea Cristina Zanetti (2012, p. 72), assevera:

Como anotado por Emilio Betti, a boa-fé contratual não se limita aos atos singulares do contratante, mas sim à avaliação da totalidade das condutas de cooperação das partes no âmbito do contrato, mesmo que não esteja expresso na avença, determinados atos de confiabilidade, fidelidade, empenho, sacrifício, disponibilidade de auxílio à contraparte, rapidez e veracidade na troca de informações, a fim de atender às expectativas do outro, segundo a finalidade da espécie contratual.

Na doutrina nacional, a despeito de todo esse arcabouço principiológico e de regras, alguns ainda insistem, contrariando tudo o que noutros países de há muito já foi positivado¹⁶, em defender a ideia de que, por não estarem previstos

¹⁶ A esse propósito, Antonio Junqueira de Azevedo (1999, p. 5), fazendo uma análise do então Projeto do atual Código Civil brasileiro de 2002, e criticando a falta de previsão expressa neste texto dos deveres anexos, o que, segundo ele, já não ocorria na legislação de outros países mundo afora, assim se pronunciou sobre a questão: “Esses deveres anexos, nos Códigos a que estava me referindo, hoje estão expressos. O Código Civil holandês, por exemplo, trata do assunto no art. 242 do Livro das Obrigações e diz que as partes devem respeitar aquilo que convencionaram. Ou seja, o contrato não produz somente os efeitos que foram convencionados entre as partes, mas igualmente

expressamente em nossa legislação, não haveria como defender os chamados deveres anexos positivos (assim considerados aqueles que impõem comportamentos, como, por exemplo, o de cooperar), mesmo nos contratos de longa duração, o que impossibilitaria a renegociação fundada no superendividamento¹⁷.

Segundo os defensores desse posicionamento, essa noção de colaboração, ainda que possível com fortes ressalvas na esfera consumerista, estaria totalmente afastada do Direito civil tradicional, onde as forças antagônicas seriam paritárias e equânimes, o que resultaria, em última análise, numa norma em grande medida romântica, perigosa à economia e fonte de insegurança.

Contudo, a forte aplicação dos princípios sociais às relações negociais, aliada aos atropelos gerados no plano interno pelas crises econômicas de grande vulto mundo afora¹⁸, fizeram, ainda mais nessa última década, operar mudanças severas na forma de interpretar os contratos, tanto os consumeristas quanto os civis. A busca pela equivalência material dos contratos como princípio-guia dessas relações negociais impôs a adoção, entre nós, até com o reconhecimento disso no âmbito dos Tribunais, de deveres para além daqueles pactuados originariamente, seja qual for a esfera de atuação, se especializada ou comum.

E mais: aqui, diferentemente do que defendem os arautos da revisão com base em fatores de ordem objetiva, toma corpo e vulto a readaptação do contrato fundada em motivos de ordem subjetiva, os quais não consideram apenas a alteração da base negocial e o desequilíbrio nas prestações que isso é capaz de gerar como fatores suficientes para rever os contratos, mas também as condições pessoais de cada um dos contratantes e as suas mais diversas qualidades.

Isso tudo, se considerado em conjunto, acaba por fazer surgir aos fornecedores de bens e serviços, em especial aos fornecedores de crédito ao

aqueles que, segundo a natureza do contrato, decorrem das exigências da razão e da equidade. Razão e equidade é a maneira como o Código Civil holandês se refere à boa-fé. Os autores holandeses evitaram a palavra “boa-fé”, para que não houvesse confusão com a chamada “boa-fé subjetiva” – a boa-fé no sentido de conhecimento ou desconhecimento de uma situação. Como o caso da cláusula geral da boa-fé não é um problema de boa-fé subjetiva, mas sim objetiva, no sentido de comportamento, os holandeses preferiram mudar a expressão para “exigências da razão e da equidade”. De qualquer maneira, falam da boa-fé criando deveres. Idem o art. 1.34 do Código do Quebec que, no caso, já fala em boa-fé. O Projeto, para estar pelo menos de acordo com os dias de hoje, deveria ter expressa a regra da criação dos deveres anexos”.

¹⁷ Ver, a esse respeito, o que disse Laura Coradini Frantz em sua obra *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

¹⁸ A crise norte-americana de 2008 teve grande participação nisso.

consumidor, uma nova gama de deveres gerais de conduta, dentre os quais se destaca o dever geral de renegociação. Esses deveres buscam tornar a relação entre consumidor e fornecedor mais equilibrada, além de ressaltar a confiança, a lisura e a expectativa que decorrem da boa-fé objetiva.

Com efeito, a doutrina europeia vem, há mais de uma década¹⁹, reconhecendo a existência de uma dever de renegociação, como forma de adaptar o contrato cativo às condições do consumidor de crédito. Para seus adeptos, a boa-fé objetiva imporia, na hipótese de mudança das circunstâncias pessoais e subjetivas do contrato, a viabilidade de se revê-lo, de modo a manter o negócio, máxime quando não mais preservada sua base objetiva, já que tanto a onerosidade excessiva do consumidor desequilibra o vínculo, quanto fatores de índole pessoal. Nesse sentido é a doutrina de Cláudia Lima Marques (2006, p. 267):

Desde a quarta edição de meu livro sobre contratos, destaco que a doutrina européia atual manifesta-se pela necessidade de uma razoável equivalência de prestações, em face do princípio da igualdade no direito privado. Em especial, merece análise a tendência da doutrina alemã atual, que, com base nos deveres de cooperação da boa-fé e na antiga exceção da ruína, está ativamente estudando a existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração. Estes autores alemães partem da premissa de que haveria uma cláusula ou um dever de modificação da boa-fé (no caso brasileiro, com previsão expressa no art. 6.º, V, do CDC) dos contratos de longa duração, sempre que exista quebra da base objetiva do negócio (*Weffall der Geschäftsgrundlage*) e onerosidade excessiva daí resultante. Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever *ipso iure* de adaptação (*ipso jure-Anpassungspflicht*) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obliegenheit*) de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*) o contrato.

A essência da doutrina do dever de renegociação, em especial a de base alemã, está em reconhecer a mudança de paradigma que se operou com a ascensão do princípio da boa-fé objetiva. A partir de seu incremento, entendeu-se que o dever de cooperar, do qual o dever de renegociação deriva, termina por

¹⁹ Ver, a esse respeito, as obras de Denis Berthiau (*Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*), de 1999, e de Michael Martinek (*Die Lehre von de Neuverhandlungspflichten – Bestandaufnahme, Kritik ... und Ablehnung. Archiv für die civilistische Praxis*), de 1998, nas quais se reconhece como majoritária, em especial na Alemanha, a corrente doutrinária segundo a qual o dever de renegociação (adaptação) existe e vincula os contraentes.

permitir a manutenção do vínculo, evitando o superendividamento e atingindo, assim, o fim último do contrato, qual seja, o de manter-se. Para tanto, é exigível apenas que a avença tenha suas bases reajustadas, de modo a que a parte mais vulnerável no vínculo tenha preservada sua condição.

E nesse particular, como bem lembra Cláudia Lima Marques (2011, p. 1180), tomando por base no nosso direito positivo o disposto no art. 51, § 2º, do CDC, o *princípio da manutenção dos contratos aliado à boa-fé exige uma conduta de cooperação do parceiro contratual mais forte, de forma a evitar a ruína do consumidor*.

Infere-se, pois, desse raciocínio que, nos contratos que tem sua execução protraída no tempo e que envolvam a concessão de crédito ao consumidor, no bojo dos quais é nítida a desproporção entre as partes contratantes, haverá, diferentemente do que ocorre em outras relações negociais, um conjunto de deveres de conduta bem específico, que se soma àqueles outros deveres gerais (de informar, de equidade e de manutenção da equivalência material das prestações), e que tem no dever geral de renegociação talvez seu mais forte expoente.

O dever geral de renegociação encontra respaldo jurídico no princípio da manutenção dos contratos, no dever de cooperação e na boa-fé objetiva. Em conjunto, tais elementos impõem ao fornecedor um esforço, uma obrigação tendente a readaptar as bases da relação negocial, de modo a evitar a ruína financeira do cidadão-consumidor, o que, se levado em contas apenas os fatores de ordem objetiva, é impossível alcançar.

A lógica aqui construída e defendida é a de que a parte mais vulnerável da avença tem direito a mantê-la, dada sua necessidade de acesso ao crédito, impondo-se, por conseguinte, ao fornecedor, o dever de cooperar para tal, repactuando as bases do contrato, seja extra ou até mesmo judicialmente.

A origem dessa doutrina segundo a qual é possível a adaptação do contrato conforme as circunstâncias subjetivas dos contratantes, encontra base no direito comercial, em especial na *Lex Mercatoria*. Segundo os estudiosos do tema²⁰, um dos princípios do direito comercial internacional dos contratos seria o de prever cláusulas de readaptação, como forma de equalizar eventuais mudanças nas bases do vínculo sem a necessidade de se buscar o judiciário, haja vista o dinamismo que

²⁰ Ver, a esse respeito, Cláudia Lima Marques (2006, p. 268).

imperava na seara mercantil, notadamente na internacional. Isso, a um só tempo, empresta maior volatilidade aos contratos firmados, tornando-os fontes mais rápida de transferência de riqueza, como também afasta a necessidade de leis prevendo expressamente a possibilidade de alteração, características de grande importância para um sistema aberto como é o sistema jurídico atualmente prevalente.

Essa ideia de inclusão do dever de renegociação no direito positivo alemão é tão forte que, Horn, citado por Cláudia Lima Marques (2006, p. 268), sugere a inclusão do parágrafo § ao art. 242 do BGB alemão. Esse artigo, famoso por ser considerado a fonte de inspiração para muitos países no rumo à inclusão em seus ordenamentos jurídicos do princípio da boa-fé objetiva, teria, com o acréscimo sugerido, a previsão expressa dos deveres anexos. A sugestão de redação para o dispositivo seria a seguinte:

§ 242, Abs.2 BGB-Reformvorschlag. Se a prestação de uma das partes, em virtude de circunstâncias externas, se tornar excessivamente difícil, pode este contratante requerer uma razoável divisão dos prejuízos entre as duas partes através de adaptação do contrato, se ele não deveria contar com estas circunstâncias, em especial se este risco no sentido do contrato não lhe é normal e se a manutenção do contrato nas condições anteriores não lhe é razoável (zumutbar), podendo requerer também a rescisão do contrato. A adaptação (Anpassung) ou a rescisão (Auflösung) dar-se-á por consenso entre as partes ou por decisão judicial.

Há, portanto, uma forte tendência a que a tese da renegociação seja aceita. Esteja ela prevista ou não em direito positivo, a noção de boa-fé objetiva que lhe serve de base tem se revelado num fortíssimo fundamento para sua aplicação. Tanto é assim que o STJ, em especial no que diz respeito às relações consumeristas, tem registrado importantes decisões sobre o tema²¹, o que revela, ainda mais, não só o crescimento do acolhimento da tese, como a necessidade de sua implantação como forma de produzir contratos equos e equilibrados em suas bases.

²¹ Nesse sentido são os Acórdãos seguintes: STJ, 3.^a T., REsp 447336/SP, rel. p/ o acórdão Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 11.04.2003; STJ, 4. T, REsp 293778/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.2001; STJ, 3.^a T, REsp 361.694/RS, Min. Nancy Andrighi, j. 26.02.202, DJ 25.03.202.

Á vista de tudo, portanto, é possível deduzir, na esteira do que fazem os alemães, que a cláusula da boa-fé objetiva traz ínsita a noção de correção e adaptabilidade, o que permite ao intérprete ajustar o vínculo às circunstâncias do caso concreto. Isso leva à manutenção do vínculo, em estrita obediência ao princípio da permanência dos contratos, como também evita a ruína do contratante mais vulnerável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação científica dos fatores explicativos do superendividamento se justifica porque esse fenômeno é capaz de atingir a dignidade da pessoa do consumidor e de causar-lhe verdadeira morte civil, alijando-o do processo econômico. Isso fere os fundamentos da República Brasileira (art. 1º, inc. III da CF/88) e o princípio da Ordem Econômica da defesa do consumidor (art. 170, inc. V, CF/88), além de contribuir decisivamente para o aniquilamento social desse agente.

Paisant (in MARQUES, LIMA & BERTONCELLO: 2010, p. 10), inventariando os diversos problemas que o superendividamento é capaz de causar à pessoa do consumidor, e dando ainda a noção da importância de se tratar adequadamente a questão, expôs o seguinte:

Sob uma ou outra forma, o superendividamento é gerador de situações nefastas que não se pode deixar prosperar. Constitui, com efeito, fonte de tensões no seio da célula familiar que muitas vezes acarretam um divórcio, agravando a situação de endividamento. Ele pode conduzir as pessoas superendividadas a evitar despesas de tratamento, mesmo essenciais, ou ainda a negligenciar a educação dos filhos. E, na medida em que a situação é tal, que a moradia não pode ser assegurada, é dado um passo na direção da exclusão social [...].

O superendividamento pode, de algum modo, contribuir para gerar uma crise de confiança no mercado. Isso traria instabilidade financeira e produziria uma diminuição dos níveis de crescimento econômico, além de fomentar a insegurança jurídica, com nítido prejuízo ao sistema de proteção e defesa do consumidor.

À vista dessas razões, parece que combater os fatores recentes do superendividamento do consumidor, valendo-se, para tanto, da categoria jurídica do dever geral de renegociação, é, a um só tempo, reconhecer a sua vulnerabilidade no mercado de consumo e contribuir para a promoção, na medida do possível, da concretude de um direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXXII da CF/88, algo bastante relevante para uma sociedade em pleno desenvolvimento como a nossa.

A noção de que a sociedade moderna já não é mais aquela da época das grandes codificações, mas sim uma sociedade infinitamente mais complexa e, portanto, voltada a problemas de difícil solução, bem revela a necessidade de se fazer uso de novos instrumentos de proteção e defesa, em especial do vulnerável, por conta da hipossuficiência que ostenta.

É nessa ambiência que se defende a noção de que os contratos, para atingirem o fim a que se destinam – produzir a geração de riqueza com equidade e respeito aos hipossuficientes – reclamam, em sua interpretação, a adoção de posicionamentos voltados ao cumprimento do princípio da boa-fé objetiva, o que implica em adotar uma gama de deveres gerais de conduta que a todos na relação negocial impõe um comportamento équo, justo e solidário.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: *Revista USP*. São Paulo, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

_____. *O princípio da boa-fé nos contratos*. *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 9/41, Brasília/CJF, set.-dez. 1999.

_____. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. (parecer). *Revista dos Tribunais*, vol. 87, n. 750, São Paulo, abr./1998, p. 113-120.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO. Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v.1, n. 6, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, set. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.

BATELLO, Silvio Javier. *A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva*. In *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. Coord.: Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: RT, 2006.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BERLIN, Isaiah. *La traición de la libertad: seis enemigos de libertad humana*. Trad. Maria Antonia Neira Bigorra. 2. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. 2. ed., ver., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII: os jogos das trocas*. Trad. Telma Costa; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BRITO, Rodrigo Toscado de. *Incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSTANT, Benjamim. *Filosofia política*. L&P Editores Ltda.: Porto Alegre, 1985.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2000.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

COSTA, Geraldo de Farias Martins da. *Superendividamento: solidariedade e boa-fé*. In: Marques, Cláudia Lima; Cavallazzi, Rosângela Lunardelli (coords.), *Direitos do Consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, p. 231, nota 4.

COULANGES. Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTINHO, Rachid Adalcy (et al); org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas da Serasa e do SPC*. 3.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DECLAREUIL, J. *Roma y la organización del derecho*. Barcelona: Cervantes, 1928. P. 314 e ss.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DONNINI, Rogerio Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIM, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FEITOSA, Enoque. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3 ed., ver. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

FRANZ, Laura Coradini. *Bases dogmáticas para interpretação dos arts. 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2004.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. *A boa fé como fonte de obrigações*. Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Vol. 2, n. 1 (1998).

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva Gontijo. *Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações*. Revista Jurídica Uniaraxá, v. 14, n. 13, p. 119-146, 2010.

HABENHORST, Eduardo. *A normatividade dos fatos*. João pessoa: Vieira Livros, 2003.

HAYEK, Friedrich A. *Camino de servindumbre*. 3. ed. Trad. José Vergara. Madrid: Alianza, 2011.

HENNIGEN, Inês. *Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da psicologia social*. Revista Mal-estar e Subjetividade, vol. X, n. 4, p. 1173-1201, dez. 2010.

HOBBSBAWN, Eric. *A era dos impérios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

JELLINEK, Georg. *La declaracion de los Derechos del Hombre y del ciudadano*. 2. ed.. Trad. Adolfo Posada. Granada: 2009.

KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. 7.ed. Trad. Joaquin Abellán. Madrid: Tecnos, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho. As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores*. Ver. Jur., Brasília, v. 8, n. 82, p. 84-99, dez./jan., 2007.

LIRA, Ricardo Pereira, *A Onerosidade Excessiva nos Contratos*. Revista de Direito Administrativo, vol. 159, p. 10 e seguintes, 1985.

LOBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36; n. 141 jan./mar. 1999.

_____. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*. Publicado em 06/2005 e visualizado na internet no dia 18/08/2013, no endereço eletrônico <http://jus.com.br/artigos/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis/print>

LOBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. *Direito civil: obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao consumidor e superendividamento, uma problemática geral*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 17, p. 57-64, 1996.

_____. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

MAGALHÃES MARQUES, Frederico do Valle. *O princípio contratual da boa-fé: o direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2006, v. 25, p. 66-67.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

_____. *Relation between international law and consumer law in the globalized world: challenges and prospects*. In The global financial crisis and the need for consumer regulation: new development on international protection of consumers: Cláudia Lima Marques, Diego Fernández Arroyo, Iain Ramsay, Gail Pearson. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

_____. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas*. In Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor, v. II, p. 575. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed., rev. atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. *Uma sociedade aberta ao crédito*. Subjudice, 2006, n. 24, p. 27-34.

MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago.-dez. 1999, p. 95-113.

_____. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Adalcy Rachid Coutinho ... [et.al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2.ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

_____. *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*. In. Revista de Direito do Consumidor, ano 18, n. 71, jul.-set./2009.

NUNES, Avelã. *Neo-liberalismo, globalização e desenvolvimento económico*. In: Boletim de Ciências Económicas (separata), Coimbra, Vol. XLVI, 2002.

OLIVEIRA, Juliana Andréa. *O Superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução*. Jornal: Lex Humana, volume: 3, 2011.

PALHARES, Cinara. *A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade da USP, 2010.

PILETTI, Nelson; PRAXEDES, Walter. *Sociologia da educação: do positivismo aos estudos culturais*. São Paulo: Ática, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos: a preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos: a preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita*. 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Trad. José Puig Brutau. Granada: Comares, 2004. XXXVIII.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed., rev. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

ROSENVAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Iracema Gomes Soares. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

SAMPAIO, Marli Aparecida. *Educação para o consumo: uma proposta de educação transversal no tratamento do superendividamento do consumidor*. <www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/465/461>. Acesso em 25.10.2011

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163-164.

SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. Reimpessão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

STRAUSS, Leo. *La ciudad y el hombre*. Trad. Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006.

SORTO, Fredys Orlando. *O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade*. Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional, Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.

SOUKI, Lea Guimarães. *A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil*. Civitas Porto Alegre v. 6 n. 1 jan.-jun. 2006 p. 39-58.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Interpretação da lei: do modelo tradicional ao favorecimento do consumidor*. Verba Juris: Anuário da Pós-graduação em Direito, João Pessoa, ano 3, n. 3, p. 191-210, jan./dez. 2004.

WAGNER, Eugenia Sales. *Hannah Arendt e Karl Marx: o mundo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ateliê, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 6. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. *A educação em direitos humanos*. In: Giuseppe Tosi (org.). *Direitos humanos: história, teoria e prática*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, p. 339-369, 2005.