

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Luiz Carlos Valério Fuchina Junior

A PRÁTICA DO CONSUMO E O
SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Passo Fundo
2013

Luiz Carlos Fuchina Junior

A PRÁTICA DO CONSUMO E O
SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho.

Passo Fundo
2013

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo verificar quais os aspectos que concorrem para que a prática do consumo concorra para o superendividamento, bem como o direito do consumidor, leigo e de boa fé, pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva. Utilizando-se da abordagem dedutiva, demonstra que consumidor é aquele que consome, sendo considerado o elemento mais vulnerável na relação de consumo. Já o fornecedor, que é também protagonista nessa relação de consumo, é o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição dos consumidores. Dessa forma, uma relação de consumo norteia-se pela interação entre consumidor e fornecedor, quando se trata de produtos e serviços e mercado consumidor. O contrato caracteriza-se por um manifesto da vontade humana quando pretende um dado negócio. Exerce a sua função social, firmado no poder que é dado ao Estado, pautado pela proteção da confiança que se sustenta pela segurança jurídica. Já o superendividamento envolve o consumidor que extrapola no consumo e no crédito, em uma sociedade que vivencia e prioriza a prática do consumo. Nesse sentido, Código de Defesa do Consumidor menciona em seu texto o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato. Do exposto, conclui-se que o consumidor superendividado, leigo e de boa fé, pode pedir a modificação de contrato, em situação de onerosidade excessiva. Quando se oferecem grandes vantagens, sem o devido esclarecimento sobre a parte onerosa de qualquer tipo de contrato, pode se configurar um procedimento desonesto para convencer o consumidor. Muitos consumidores assumem compromissos baseando na boa fé, mas acabam tendo grande problema, pois veem que lhes foi prejudicada a oferta que lhes havia sido feita.

Palavras-chave: Consumidor. Código de defesa do Consumidor. Superendividamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A PRÁTICA DO CONSUMO E A LEGISLAÇÃO	7
1.1 Consumidor – considerações conceituais	7
1.2 Fornecedor – considerações conceituais.....	13
1.3 As relações de consumo e a legislação.....	16
2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	23
2.1 Contrato – conceitos e requisitos.....	23
2.2 Contrato – função social.....	30
2.3 Contrato – proteção de confiança.....	36
3 O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR	41
3.1 Superendividamento – conceito.....	42
3.1.1 Forma ativa.....	43
3.1.2 Forma passiva.....	44
3.1.3 Boa fé do consumidor.....	45
3.1.4 Boa fé do fornecedor de crédito.....	46
3.2 A inserção nos órgãos de restrição ao crédito.....	48
3.3 Aspectos do superendividamento do consumidor e o CDC.....	51
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O superendividamento, definido como a impossibilidade do consumidor quitar as suas dívidas atuais e futuras, é um fato que preocupa a sociedade. Sendo gerado pela expansão do crédito e do consumo de massa, esse fato traz consequências para a família do devedor bem como para sua relação social.

A proteção do cidadão superendividado, leigo e de boa fé, encontra seu amparo nos princípios e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, em especial no que tange à defesa do consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, revelando a legitimidade dessa tutela. Isso porque, para consumir bens e serviços, ou para expandir negócios, o acesso ao crédito é um elemento essencial em qualquer sistema econômico social moderno.

É importante perceber que o consumo e crédito são parceiros em um sistema econômico que prioriza e estimula o consumo, estando vinculados e internalizados ao sistema econômico e jurídico da sociedade.

Questiona-se, assim, se o consumidor superendividado, leigo e de boa fé, pode pedir a modificação de contrato, em situação de onerosidade excessiva?

Este estudo, assim, tem o objetivo de verificar quais os aspectos que concorrem para que a prática do consumo concorra para o superendividamento, bem como o direito do consumidor, leigo e de boa fé, pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva.

Nesse contexto, justifica-se este tema e sua delimitação, inicialmente, pela relevância acadêmica, visto que traz contribuição e esclarecimento ao meio acadêmico; social, por todos os cidadãos brasileiros que, direta ou indiretamente, veem-se envolvidos, diante da situação de superendividamento que envolve uma boa parte da população brasileira; e jurídica, por discutir os aspectos que contribuem para que se estabeleça o superendividamento e os direitos do consumidor assegurados pela legislação vigente.

Desenvolve-se esta pesquisa em três capítulos. No primeiro, faz algumas ponderações conceituais sobre consumidor, que é aquele que consome, sendo considerado o elemento mais vulnerável na relação de consumo. Traz, ainda, o conceito de fornecedor que também é protagonista nessa relação de consumo, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição dos consumidores. Elenca, também, elementos e conceitos legais que dizem

respeito à relação de consumo, norteados pela interação entre consumidor e fornecedor, quando se trata de produtos e serviços e mercado consumidor.

No segundo, apresenta o contrato, como manifesto da vontade humana quando pretende um dado negócio, partindo de seu conceito e requisitos. Aborda também a função social que exerce o contrato, firmado no poder que é dado ao Estado e, por fim, considera a proteção da confiança que se norteia pela segurança jurídica.

No terceiro capítulo, inicialmente, expõe o conceito de superendividamento quando se trata de consumidor que extrapola no consumo e no crédito. Após, aborda a inserção nos órgãos de restrição ao crédito, Serasa Experian e Serviço de Proteção ao Crédito Brasil, como consequência do superendividamento do consumidor. Por fim, demonstra aspectos do superendividamento do consumidor e sua relação com o tipo de sociedade que se formou no decorrer dos tempos. Exibe, ainda, a importância do Código de Defesa do Consumidor quando menciona em seu texto o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva.

Nesse contexto, para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, em uma contextualização teórica baseada em pesquisa bibliográfica.

1 A PRÁTICA DO CONSUMO E A LEGISLAÇÃO

O consumo, na sua prática, vista sob uma acepção mais abrangente, envolve setores que tangem a uma sociedade que vive sob um modelo que se norteia não só por uma infinidade de produtos como pelo acesso fácil ao crédito.

A legislação, nesse sentido, avançou, e o Código de Defesa do Consumidor provocou profundas e significativas alterações nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor, sempre que uma das partes se sentir lesada, em especial, o caso do consumidor.

Este capítulo, inicialmente, faz algumas ponderações conceituais sobre consumidor, configurado naquele que consome, sendo considerado o elemento mais vulnerável na relação de consumo. Demonstra ainda o conceito de fornecedor que também é protagonista nessa relação consumerista, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição dos consumidores.

Por fim, traz elementos e conceitos legais que dizem respeito à relação de consumo, norteados pela interação entre consumidor e fornecedor, quando se trata de produtos e serviços e mercado consumidor.

1.1 Consumidor – considerações conceituais

Em um sentido simples e amplo, tem-se o consumidor como aquele que consome, considerado parte fundamental em uma relação de consumo. A partir da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, configurada no Código de Defesa do Consumidor, há uma legalização desse conceito, em seu artigo 2º¹, ao estabelecer que consumidor é aquela pessoa física ou jurídica que compra ou utiliza produto ou serviço.

Nessa definição, Almeida (2011, p. 36) refere que consumidor, legalmente, há de ser pessoa física ou jurídica, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira. Em princípio, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida por consumidora. Assim, consumidor, de forma legal, é aquele

¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

[...] que *adquire* (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, *utiliza* (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço, entendendo-se por produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (CDC, art. 3º, § 1º) e por serviço qualquer atividade fornecida a terceiros, mediante remuneração, desde que não seja de natureza trabalhista (CDC, art. 3º, § 2º) (2011, p. 37) (Grifo do autor).

Essa descrição revela que o consumidor utiliza serviço ou produto em proveito próprio, sendo produto qualquer bem material ou imaterial.

Segundo expõem Grinover et al., consumidor envolve “toda pessoa física ou jurídica que isolada ou coletivamente contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de um serviço” (2011, p. 30).

Nesse sentido, vale referir a corrente maximalista, que, segundo Nunes (2005, p. 79), percebe o consumidor a partir do princípio constitucional da isonomia, sendo vedada a diferença de tratamento. Contudo, para ser considerado consumidor, sob a forma jurídica, há que consumir somente produtos e serviços que sejam tecnicamente possíveis e que lhe sirvam como bens de produção, sendo, de forma simultânea, bens de consumo.

De acordo com Marques (2011, p. 307), a visão maximalista veem nas normas do Código de Defesa do Consumidor uma nova regulação do mercado de consumo brasileiro. Assim, o Código seria

[...] geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que instituiu normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. [...] Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço (2011, p. 307).

Nessa percepção isonômica em que se percebe o consumidor, não interessa o seu grau de vulnerabilidade. Ou seja, basta que ele adquira o bem como destinatário final e de forma fática, não interessando se essa destinação tem fim lucrativo.

Para Almeida, o consumidor como destinatário final norteia-se pelo uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não aconteça por revenda. Não foram inseridos na definição legal, assim, o intermediário e aquele que compra, com o fim de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. A

operação de consumo deve finalizar no consumidor, que utiliza ou permite que seja usado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Após isso, consumidor será o adquirente da fase seguinte, uma vez que o consumo não teve, por enquanto, destinação final. Há a possibilidade de se definirem numa mesma pessoa ambas as figuras, havendo em parte consumo intermediário e consumo final. Logo, “o destino final é, pois, a nota tipificadora do consumidor” (2011, p. 38).

A partir disso, Almeida (2011, p. 39) refere que podem surgir algumas dificuldades frente à conceituação de consumidor. Primeiramente, no que diz respeito à maior ou menor amplitude no enquadramento da pessoa jurídica na categoria de consumidor, expondo o argumento de que tais entidades têm força suficiente para construir suas defesas, não caracterizando, assim, situação de vulnerabilidade, típica do consumidor.

Essa disposição não se sustenta e dá lugar à corrente maximalista que, segundo Marques (2011, p. 306), traz no seu bojo a ideia de que o conceito de consumidor previsto no Código deve ser interpretado e analisado de maneira ampla, contemplando diversas categorias, sendo aplicado a um número cada vez maior de relações de mercado. Isso se firma a partir do artigo 2º, do referido Código.

À aceção maximalista, conforme expõe Marques (2011, p. 307), interessa o que caracteriza o Código de Defesa do Consumidor, que é um regramento do mercado de consumo, estando, assim, o consumidor a abranger todos que retiram e consomem o produto. Logo, afirma Donato (1993, p. 155), não importa a finalidade ou a utilidade que se confere à destinação final. O que conta é a participação na relação de consumo, que é adquirir produtos, retirando-os da cadeia produtiva.

Segundo refere Marques (2011, p. 309), a corrente maximalista deixa de atender a equitatividade das relações de consumo, visto que contribui para que ocorram ajuizamentos de ações configuradas de má-fé. Assim, pessoas destinatárias finais de produtos ou serviços, ao visar lucratividade em sua aquisição, poderiam tirar proveito de tal benefício, que se efetivaria em enriquecimento sem causa.

Destaca Almeida que o Código de Defesa do Consumidor aliou-se ao conceito maximalista de consumidor. Nesse aspecto,

[...] de toda sorte, a crítica que se faz em relação à pessoa jurídica e economicamente bem-dotada poderia, em princípio, ser estendida à pessoa física, que pode igualmente ostentar as mesmas condições. Ao que parece, o legislador preferiu ampliar o guarda-chuva da tutela a restringi-lo demasiadamente à falta de critério objetivo que pudesse assegurar uma seletividade de quem deveria receber a tutela, opção que nos parece a mais justa e correta. Além disso, o legislador reservou benefícios especiais, como aquele da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), aos comprovadamente hipossuficientes, outorgando-lhes, assim, proteção mais ampla (2011, p. 41).

Essa ampliação de tutela ao consumidor vai ter amparo pela corrente finalista que se pauta pela maior garantia do efetivo equilíbrio contratual. Nesse sentido, segundo Bonatto (2004, p. 20), tal prerrogativa não permite que o consumidor tenha prejuízos ou, ainda, fique por conta da defesa dos seus direitos e também evita que as pessoas, sem a devida vulnerabilidade contratual, tirem proveito das regras de consumo para obter benefícios contratuais não devidos.

Para Bonatto, a visão finalística pauta-se pela assertiva de que “não basta ser destinatário fático do bem da vida; é necessário, também, ser destinatário final econômico do bem, ou seja, não adquiri-lo para revenda ou para uso profissional, pois ele seria novamente um instrumento de produção, um insumo, cujo preço será repassado ao mercado de consumo” (2004, p. 21).

A legislação que regula o consumo, nessa linha, age nas relações de desigualdade, na busca do equilíbrio e da equitatividade contratual de consumo. Assim, segundo aduz Marques, o consumidor final é a pessoa física que confere destinação final ao bem da produção, fática e de forma econômica. Sob a acepção finalística,

[...] a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º (2011, p. 304).

Nesse entendimento, tem-se o conceito de consumidor firmando-se a partir da tutela especial que lhe diz respeito, por ser parte vulnerável na relação de consumo. Para Marques (2011, p. 305), a teoria finalística defende a necessidade protetiva do consumidor, em razão

do desequilíbrio contratual existente, uma vez que este, sem dúvida, configura vulnerabilidade na relação.

A partir de tais conceituações, vale ressaltar, segundo afirma Rettman (2003, p. 1), um outro tipo de consumidor, ou seja, o *bystandard* que, no Código do Consumidor, é aquele que se equipara a consumidor. Nesse aspecto, pode-se deduzir que a legislação equipara terceiros a consumidores, conforme disposição no seu artigo 2º § único², que estabelece sobre a equiparação do consumidor à coletividade de pessoas e os artigos 17³ e 29⁴ que, respectivamente, expressam também equiparação às vítimas do evento e a todas as pessoas determináveis ou não.

A partir de tais artigos, refere Rettman (2003, p. 2) que o CDC passa a reconhecer outras pessoas como consumidoras, ou seja, “a pessoa física como a jurídica e até mesmo a coletividade de pessoas”. Dessa forma, se algumas dessas pessoas adquirir ou usar o produto ou serviço como destinatária final, que, em última análise, significa retirar o produto do mercado, fechando o processo econômico – ordem que se caracteriza pela produção até o consumo – pode ser considerada consumidora final. Nessa acepção, o CDC desconsidera aquela visão clássica de consumidor e abre uma outra perspectiva, bem mais abrangente de inclusão nesta esfera dos consumidores equiparados, diante da evidência dos artigos 17 e 29. A equiparação, assim, irá ocorrer sempre que as pessoas, ainda que não sejam adquirentes diretas do produto ou serviço, dele fizerem uso em caráter final, ou quando forem a ele vinculadas, vindo a sofrer qualquer dano em razão de defeito do serviço ou produto.

Tais pessoas, assinala Rettman, poderão

[...] ser tanto pessoas físicas ou jurídicas, e, que de acordo com a doutrina estrangeira são os bystanders, poderão ser amparados pelo CDC, inclusive pleiteando indenizações, pois todos os serviços/produtos devem ter segurança, não só para quem diretamente o usa, mas para o público em geral, dentro do princípio de que segurança é direito de todos e dever daquele que os coloca no mercado (2003, p. 2).

² Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

⁴ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

Aqueles, assim, expostos a práticas comerciais podem ser equiparados a consumidor, bem como os que, por qualquer circunstância possam sofrer dano em razão do mau funcionamento do produto ou serviço que foi contratado.

No entendimento de Filomeno,

[...] o parágrafo único do art. 2º trata não mais daquele determinado e individualmente considerado consumidor, mas de uma coletividade de consumidores, sobretudo quando indeterminados, que tenham intervindo numa relação de consumo (2004, p. 38).

Nesse sentido, a conceituação leva em conta uma gama de consumidores, bastando estar envolvidos em uma relação de consumo. Conforme Cavalieri Filho, o artigo 17 do CDC, quando dispõe que “[...] equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento [...]”, propõe-se a dar maior amplitude para a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Nesse patamar, equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo. Afirma, ainda, que

[...] esse dispositivo não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor, importando dizer que a definição do art. 2º é, aqui, ampliada, para estender a proteção do Código a qualquer pessoa eventualmente atingida pelo acidente de consumo, ainda que nada tenha adquirido do fornecedor, fabricante ou outro qualquer responsável (2003, p. 492).

Portanto, na circunstância de acidente de consumo, tem-se a proteção do CDC de para o consumidor direto, ou seja, aquele que comprou o produto ou teve serviço que resultou em problema, como também o consumidor equiparado.

Para Marques (2011, p. 306), o artigo 29 torna-se fundamental a partir do momento em que passa dos estritos limites da definição jurídica de consumidor para a definição de política legislativa. Assim, no sentido de harmonizar os interesses do mercado de consumo, reprimindo de forma eficaz os abusos do poder econômico em favor dos consumidores finais, delega poderes também àquelas pessoas que estão expostas às práticas abusivas, ainda que não sendo consumidores comuns.

Logo, o conceito de consumidor norteia-se no sentido de harmonizar a relação de consumo com o fornecedor, buscando sempre proteger a parte mais fraca e assegurar-lhe direitos, diante de eventuais abusos que possam ocorrer.

A seguir, aborda-se o conceito de fornecedor como parte fundamental na relação de consumo com o consumidor e que envolve fabricante, intermediário e o comerciante.

1.2 Fornecedor – considerações conceituais

O conceito de fornecedor deve ser considerado sempre em que se pensa em consumir, além de abranger muito mais sujeitos que a definição de consumidor, visto que envolve o fabricante, o intermediário, o comerciante, que assumem posição de fornecedores quando se tratam de colocar produtos no mercado.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º⁵, define o fornecedor como aquela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira que desenvolvem atividades produtivas.

Na visão de Nunes, o legislador evidencia o extenso rol de pessoas que adquirem a denominação de fornecedor. Assim, “quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo ‘fornecedor’. Quando designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante, etc.” (2005, p. 90).

Em sendo a atividade com fins lucrativos, tem-se o sujeito caracterizado como fornecedor. Nesse sentido, refere Nunes que a atividade pode ser exercida por qualquer um, ou seja, por qualquer pessoa jurídica, qualquer ente despersonalizado ou qualquer pessoa física, mas desde que o ato configure relação de consumo. Dessa forma,

[...] o legislador, um tanto que inseguro, tratou a pessoa jurídica como consumidora sem se importar muito com o resultado de sua determinação, e quis garantir-se de que, no caso de fornecedor, nenhuma pessoa jurídica escapasse de enquadrar na hipótese legal (2005, p. 88).

Enquadra-se o sujeito como fornecedor, quando se envolver em uma relação de consumo com o consumidor.

De acordo com Almeida, para evitar interpretações contraditórias, o legislador preferiu definir produto como sendo todo bem, móvel, imóvel, podendo ser material ou imaterial,

⁵ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

conforme estabelece o artigo 3º, § 1º⁶, e serviço como qualquer atividade disposta no mercado de consumo, desde que tenha remuneração, inclusive as que têm fim bancário, financeiro, de crédito e securitária, sendo exceção as oriundas das relações trabalhistas, segundo determina o art. 3º, § 2º⁷ (2011, p. 41).

Vale destacar, conforme Almeida (2011, p. 42), que a definição legal ultrapassou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor, então, não é somente quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos muitos pontos-de-venda distribuídos por todo o País. Logo, seguindo esse pensamento, a definição de fornecedor passa ao largo da definição de consumidor. Enquanto este se configura como destinatário final, o fornecedor pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que isso configure sua profissão ou atividade principal. Logo,

[...] fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como também aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo (2011, p. 42).

Essa visão abrangente que contempla o conceito de fornecedor engloba várias atividades que diz respeito tanto ao fornecimento e lançamento de produtos no mercado, bem como de serviços oferecidos.

Para Nunes, “a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada”. Os conceitos, assim, são os mais genéricos possíveis, pretendendo que nada lhe escape. No que tange aos produtos, a distinção entre móvel e imóvel não traz diferença da classificação privatista e, no que diz respeito à materialidade, a distinção aparece para qualificar, especialmente os produtos das relações bancárias (2005, p. 91).

De acordo com Almeida (2011, p. 42), definir fornecedor prescinde entendimento do que venha a ser produto e serviço, facilitando sobretudo a aplicação da lei, pois elimina, dentro do possível, dúvidas que poderiam surgir sobre o correto entendimento do conteúdo de cada termo. Esse fator pode até deixar bem claro o alcance da tutela do consumidor, pois leva

⁶ Art. 3º [...]§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

⁷ Art. 3º [...]§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

à identificação evidente de quem está abrangido por ela e, por exclusão, quem a ela não se submete.

Compreende-se, segundo Almeida (2011, p. 42), que fornecedor é aquele que fornece produtos, tendo como atividades produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização. Já no que concerne à prestação de serviços, importa ter claro que tal prestação será remunerada e não subordinada a vínculo trabalhista.

No que diz respeito aos serviços, Bonatto refere que suas prestações caracterizam-se pela natureza remuneratória, “com o fim de obtenção do resultado finalístico lucrativo, típica ação de empresário ou de empresa, conforme expressamente mencionado nos artigos 966 e 982⁸, do Código Civil/2002” (2004, p. 27).

Para Almeida, as prestadoras de serviços podem ser

[...] também as concessionárias de serviço público, pois a definição legal enumera explicitamente, dentre as modalidades de fornecedores, a pessoa jurídica de direito público e de direito privado. Assim, também estariam incluídos na tutela os serviços de transporte, saúde, telefonia, correios, alguns deles operados por empresas ou entidades governamentais, outros objeto de concessão a empresas privadas ou privatizadas. Frise-se, aliás, que um dos direitos básicos do consumidor é poder contar com “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (CDC, art. 6º, X), prevendo a Constituição a edição de legislação complementar que disporá sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos (CF, art. 175, II) (2011, p. 41).

Nesse sentido, os serviços públicos prestados caracterizam-se por fornecedores e estabelecem com o consumidor uma relação de consumo, que deve se efetivar de forma adequada e eficaz, em observância aos direitos dos seus usuários.

Esses direitos estão regulados pela legislação quando contempla as relações de consumo, configuradas em comprar e vender e que será expresso, a seguir.

⁸ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. [...] Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais [...] (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

1.3 As relações de consumo e a legislação

Como parte essencial da sociedade, o consumo, norteia-se pelas relações entre consumidor e fornecedor.

Na acepção de Almeida (2001, p. 12), consumir é parte fundamental no cotidiano do cidadão. É a real afirmação de que a sociedade toda é consumidora, e isso independe de classe econômico-social. Consume-se, porque se necessita sobreviver, porque se quer e, também, pelo simples fato de consumir. As relações de consumo

[...] são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços no atendimento de suas necessidades de consumo (2011, p. 13).

Configura-se, assim, uma interação, pautada pelo consumo, em uma dinâmica de interesses de quem dispõe bens e serviços e de quem compra, quando pretende ter atendidas suas necessidades.

Vale registrar também, nos ensinamentos de Almeida (2011, p. 14), que sendo, dinâmicas, as relações de consumo são inerentes à própria existência, pois nascem, crescem e evoluem, caracterizando precisamente o período histórico em que se situam.

Relata Almeida que o crescimento dessas relações foi crescente nos últimos anos. De uma situação operacional de simples troca de mercadorias e operações mercantis atingiu-se, de forma progressiva, às operações de compra e venda bastante sofisticadas, como *leasing*, importação, entre outros. Já faz algum tempo que as relações de consumo pessoais e diretas foram substituídas, na sua maioria, principalmente nos grandes centros urbanos, por impessoais e indiretas, não se dando importância em conhecer ou não o fornecedor. Nesse aspecto,

[...] surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, os hipermercados e, mais recentemente, os *shopping centers*. Com a mecanização da agricultura a população rural migrou para a periferia das grandes cidades, causando o inchaço populacional, a conturbação e a deterioração dos serviços públicos essenciais (2011, p. 14).

Nesse contexto, o consumo assume cada vez mais o seu caráter essencial na vida das pessoas em sociedade, quando se trata do processo de comprar e de vender e suas diversas formas de efetivá-lo.

Em consequência, de acordo Gomes (2001, p. 99), a economia de mercado aliada ao consumidor, faz surgir para o direito a figura do consumidor, que passa a ter importância, ultrapassando a relevância da produção.

Os bens de consumo, assim, afirma Almeida (2011, p. 15), são produzidos em larga escala, abarcando cada vez um número crescente de consumidores. Os serviços se ampliam, e o comércio desenvolve-se de forma extraordinária. Nesse patamar, também se alarga a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos, com fim de atrair, cada vez mais, consumidores. Cria-se, assim, o consumo de massa para uma sociedade de massa. Como consequência, todo esse crescimento de consumo gera relações sociais, econômicas e jurídicas que concorrem para que modificações nas relações de consumo se processem como reação ao grande avanço que deixou o consumidor desprotegido diante de situações oriundas do desenvolvimento.

Desprotegido, o consumidor coloca-se em posição desfavorável em uma sociedade de consumo avassalador. Logo, a proteção do consumidor, segundo Grinover et al (2011, p. 39) é um desafio da sociedade e do direito.

Conforme Cavalieri Filho (2003, p. 459), assim como o século XIX pode ser configurado pelas grandes codificações, frente aos Códigos Civis – Napoleônico e o Alemão – por sua vez, o século XX, pode ser considerado o “século dos novos direitos”. São direitos que não vieram por acaso e sim como consequência de grandes e profundas transformações sociais ocorridas a partir do desenvolvimento tecnológico e científico do século XX, mais especificamente, no pós-guerra, envolvendo áreas do conhecimento humano até então inimagináveis pelos grandes codificadores. O ordenamento jurídico, assim, passa a exigir modificações, uma vez que normas existentes até então começam a ficar ultrapassadas, levando a um desequilíbrio entre o social e o jurídico.

Essas transformações jurídicas, segundo Cavalieri Filho (2003, p. 460), elegem o consumidor como uma estrela de primeira grandeza, devido à sua finalidade e ao seu campo de abrangência, ainda que alguns juristas insistam em não enxergar. No que concerne à finalidade é preciso considerar que

[...] o direito do consumidor foi concebido para eliminar as desigualdades criadas nas relações de consumo pela Revolução Industrial – Revolução essa que aumentou quase que ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir dessa Revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, até para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica. Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização (2003, p. 460).

O direito do consumidor, assim, firma-se, a partir da Revolução Industrial, que consagra a produção em massa e a conseqüente demanda consumidora.

Relata ainda Cavalieri Filho (2003, p. 461) que, se anteriormente era o próprio fabricante quem distribuía seus produtos, tendo noção do que e para quem vendia, a partir de um período essa distribuição começa a ser feita em massa, por grandes atacadistas, com produtos fechados e lacrados. E é aí que esses novos mecanismos de produção e distribuição concorrem para que novas formas jurídicas venham surgir sob a forma de contratos coletivos, de massa e de adesão, com cláusulas que contemplam o fornecedor, deixando de lado o consumidor.

Segundo expõe Cavalieri Filho (2003, p. 462), reestruturar a ordem jurídica nas relações de consumo é algo muito mais abrangente do que simplesmente atualizar a lei. Na verdade, trata-se de uma nova postura jurídica, com o desenrolar de um novo direito, calcado em princípios modernos e eficazes. Dessa forma, eclodiram nos principais países do mundo e também no Brasil leis específicas que disciplinavam as relações que dizem respeito ao fornecedor x consumidor.

Os interesses difusos em geral e do consumidor especificamente advêm das relações de consumo. Nesse sentido, Ferraz et al. revelam que o

[...] surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, “holdings”, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes, voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos (1984, p. 55).

Esses interesses demonstram-se a partir, assim, do grande desenvolvimento que ocorreu na sociedade e nas suas relações econômicas com o cidadão e devido ao surgimento dos meios de comunicação de massa.

No entendimento de Cappelletti (1985, p. 18), os interesses difusos e coletivos necessitavam de outra conceituação de sua legitimidade para a sua defesa. Ou seja, reconhecendo que um interesse pertence muito mais ao coletivo do que de forma individual, foi bastante sensível o avanço no que diz respeito ao entendimento do termo “interesse”, vindo a beneficiar sobremaneira o consumidor.

De acordo com Grinover et al. (2011, p. 9), a sociedade de consumo não trouxe somente benefícios à população. Em muitos casos, a situação até piorou. Se antes a relação do consumidor e fornecedor mostrava certo equilíbrio de poder de barganha, até porque se conheciam, agora é o fornecedor e aí se incluem o fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante que impõem sua força na relação de consumo, ditando as regras.

Já o mercado, declara Grinover et al. (2011, p. 10), não apresenta mecanismos capazes de suprir essa vulnerabilidade do consumidor. Dessa forma, faz-se fundamental a intervenção do Estado no que diz respeito ao Legislativo, para formular as normas jurídicas de consumo; ao Executivo, quando implementa essas normas; e ao Judiciário, quando dirime tais conflitos que advêm dos esforços de formulação e de implementação.

Como essa vulnerabilidade do consumidor, segundo Grinover et al., apresenta muitas causas, o Direito não pode se ater somente à parte mais fraca da relação de consumo no que concerne a algumas facetas do mercado. Nesse sentido,

[...] não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma posição integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de *todos* os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros *instrumentos fundamentais* para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing* (2011, p. 10) (Grifo do autor).

Logo, essa posição integral deve buscar um regramento para que se efetive uma relação de consumo, configurada entre consumidor e produto e circulação de bens.

A partir desse contexto, refere Cavalieri Filho, nasce o Código de Defesa do Consumidor, em uma expressa determinação constitucional. Assim,

[...] a Carta de 1988, pela primeira vez em nossa história constitucional inseriu a *defesa do consumidor* entre os direitos e garantias fundamentais ao determinar, em seu art. 5º, XXXII, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A seguir, em seu art. 170, V, a Constituição incluiu a *defesa do consumidor* entre os princípios gerais da Ordem Econômica, no mesmo *status* dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência e outros. Finalmente, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ficou estabelecido o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (2003, p. 461) (Grifo do autor).

O consumidor tem assim consagrado os seus direitos e garantias no que tange à sua defesa frente ao mercado consumidor e na sua relação de consumo com o fornecedor de produtos e serviços.

Nesse viés, afirma Cavalieri Filho (2003, p. 462), sancionado em setembro de 1990, o Código do Consumidor passa a vigorar em março de 1991, demonstrando ser um diploma moderno se comparado às mais avançadas legislações dos países desenvolvidos. Com princípios e normas de ordem pública, já no primeiro artigo⁹, expressa sua necessária aplicação.

Segundo Cavalieri Filho (2003), a defesa do consumidor, tão lembrada no artigo 5º, XXXII¹⁰, da Constituição Federal de 1988, quer restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, estremecidas pelo desencontro entre o social e o jurídico, sendo referido no Código do Consumidor, em seu artigo 8º¹¹. Na realidade, tal Código se fez necessário diante da vulnerabilidade do consumidor, com posição em desvantagem técnica e jurídica diante do fornecedor. Surge, então, uma nova concepção de contrato, ou seja,

⁹ Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, Lei nº. 8.078/13).

¹⁰ Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...] (BRASIL, Constituição, 2013).

¹¹ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos [1] à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante [2] cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto (BRASIL, Lei nº. 8.078/13).

[...] um conceito social, no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único e essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram (2003, p. 462).

O Estado, afirma Cavalieri Filho, por sua vez, pela vulnerabilidade do consumidor, intervém no mercado de consumo, quer controlando preços e coibindo cláusulas abusivas, quer insistindo no conteúdo de outras, chegando até a obrigar a contratar – no caso os serviços públicos. Ao judiciário, lhe são outorgados poderes especiais que o levam a “inverter o ônus da prova em favor consumidor, desconsiderar a pessoa jurídica, nulificar de ofício as cláusulas abusivas, presumir a responsabilidade do fornecedor até prova em contrário” (2003, p. 463).

Com essas regras e princípios, o que se quer é restabelecer relações de consumo de forma equilibrada. O Código pretende, assim, ser um manto protetor que se estende sobre o consumidor e sua vulnerabilidade.

No que tange ao acesso dos consumidores à justiça, segundo acentua Cappelletti e Garth

[...] enquanto o produtor é de regra organizado, juridicamente bem informado, e tipicamente um litigante habitual (no sentido de que o confronto judiciário não representará para ele episódio solitário, que o encontre desprovido de informação e experiência), o consumidor, ao contrário, está isolado; é um litigante ocasional e naturalmente relutante em defrontar-se com o poderoso adversário. E as maiores vítimas desse desequilíbrio são os cidadãos das classes sociais menos abastadas e culturalmente desparelhados, por ficarem mais expostos às políticas agressivas da empresa moderna (1998, p. 23).

A partir dessa situação de desigualdade e de isolamento do consumidor frente ao produtor organizado, é que a legislação se norteou para estabelecer regulamentar a posição vulnerável do cidadão que consome.

Para Cavalieri Filho (2003, p. 462), é para reverter e sanar esses “efeitos perversos” do mercado de consumo que se instalou o Código de Defesa do Consumidor, para estabelecer igualdade jurídica ao consumidor diante da desigualdade econômica que se demonstra diante do fornecedor.

Assim, perante a nova realidade econômica e contratual, é que o direito sentiu a necessidade de um novo instrumento regulador da relação entre consumidor e fornecedor,

traçando parâmetros para sua efetiva aplicação e atuação. São novas posições sociais que devem ser respeitados e seguidos, com a função de demonstrar uma nova conduta perante valores e regras em outra realidade social.

Nesse sentido, o capítulo, em seguimento, demonstra o contrato e suas nuances, resultado da manifestação e consenso da vontade humana e sua função social a partir do poder que é dado ao Estado.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Primeiramente, importa registrar a origem do contrato. Conforme ensina Monteiro (2013, p. 6), a palavra contrato, no direito romano, *contractus*, significa unir, contrair, podendo ser definido como *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou seja, a manifestação do mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Os romanos faziam a distinção entre o contrato, o pacto e a convenção. O contrato, de acordo com Lima, “tratava-se de uma convenção da qual resultava uma obrigação e uma ação garantidora” (1984, p. 377). O pacto significava convenção desacompanhada de sanção civil, uma vez que produzia, apenas, uma obrigação natural. A lei civil brasileira não estabelece essa distinção entre eles.

Desde os primórdios, a ideia de contrato pressupõe um fato querido pelas partes, ou seja, firma-se a partir da manifestação volitiva. Nesse sentido, Pereira assinala que “o mundo moderno é o mundo do contrato”, ou seja, o tempo da vontade das partes (2004, p. 11).

Contrato, assim, norteia-se pelo acordo dos contratantes, configurado em uma regulação jurídica, em que se combinam interesses, com fundamento na vontade humana, em que se busca disciplinar negócios recíprocos.

O capítulo, a seguir, apresenta o contrato, como manifesto da vontade humana quando pretende um dado negócio, partindo de seu conceito e requisitos. Aborda também a função social que exerce o contrato, firmado no poder que é dado ao Estado e, por fim, a proteção da confiança que se norteia pela segurança jurídica.

2.1 Contrato – conceito e requisitos

A definição de contrato norteia-se, basicamente, pela manifestação da vontade humana quando convergente no sentido de celebrar um determinado negócio. Assim, contrato é um negócio jurídico bilateral firmado no consentimento em conformidade com a ordem legal, tendo como finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Segundo expõe Pereira é um “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos” (2004, p. 8).

No mesmo sentido, Lima refere que “o contrato é, pois, uma convenção pelo acordo das vontades de duas ou mais pessoas donde se originam direitos e obrigações recíprocas” (1984, p. 378). Esse sentido que pauta o contrato, conforme ensina Marques (2011, p. 39), vem sendo moldada desde a época dos romanos, tendo como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico de cada período; nascendo, assim, da realidade social.

Já o Código Civil não deixa claro o que vem a ser contrato, delegando à doutrina e à jurisprudência, a análise sistemática daquele diploma legal e do sistema jurídico brasileiro como um todo. Nesse viés, Monteiro expõe que “não é função do legislador ministrar definições; definir é tarefa que compete à doutrina e não a um Código, ou a um corpo de leis” (2013, p. 7).

A sistemática do Código Civil, conforme expõe Rodrigues, expressa que todo o fato do qual resultar consequências no mundo jurídico, quer voluntário ou não, quer as consequências previstas pela lei ou pelas partes envolvidas, são considerados fatos jurídicos que se dividem em jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos. Tais atos, cuja consecução independe da vontade humana, caracterizam-se pelo nascimento, pela maioridade, pela morte, para os quais a lei prevê as consequências jurídicas. Já os fatos jurídicos constituem-se em atos voluntários, sendo divididos pela doutrina em *stricto sensu* e negócios jurídicos. Aos atos jurídicos *stricto sensu*, a lei prevê os efeitos *ex lege* no mundo jurídico, enquanto que, para os negócios jurídicos, as consequências dispõem-se na relação negocial e nas partes que as compõem, quais sejam:

a) a vontade manifesta através da declaração; b) a idoneidade do objeto; c) a forma quando da substância do ato, sendo seus pressupostos de validade: a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio; b) a liceidade do objeto; c) a obediência à forma, quando prescrita em lei (2011, p. 23).

O ato jurídico trata do contrato como negócio jurídico e não simplesmente ato. Logo, conforme afirma Rodrigues (2011, p. 25), somente será válido se, na sua celebração, estiverem presentes os requisitos e pressupostos acima citados. O ordenamento jurídico pátrio não veda a realização de contratos verbais, a não ser que a forma escrita seja uma exigência legal, nesse ponto, correspondendo ao requisito e ao pressuposto das letras ‘c’, acima elencadas.

O instituto do ato jurídico, segundo ensina Rodrigues, é “o fato novo, elementar ao conceito de contrato, é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção” (2011, p. 26). Na visão de Diniz, esse instituto caracteriza-se pelo “[...] acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (2012, p. 32). Para Monteiro, o instituto é basicamente “[...] o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (2013, p. 7).

O contrato foi criado como instrumento viabilizador da composição de interesses de particulares. Nessa senda, o seu conceito pode ser resumido como sendo o acordo de vontades das partes com o intuito de celebrar um negócio ou resguardar direitos, obrigando os contraentes ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade pela sua inobservância.

Assim, para ser considerado como tal e para gerar os efeitos esperados, o contrato necessita possuir e externar requisitos indispensáveis, tais como, capacidade dos contratantes, consentimento das partes, objeto lícito e possível, forma prescrita em lei e prova dos contratos, segundo disposição no artigo 104¹², do Código Civil.

A capacidade dos contratantes é um ato jurídico que requer a manifestação de vontade do agente, podendo ser considerada válida se tal agente tiver capacidade de manifestar sua intenção de formalizar um contrato. Segundo assinala Dower, tem-se o acordo como

[...] elemento primordial do contrato; sem ele não há contrato no sentido técnico – jurídico. É através do acordo que as partes conseguem concluir um contrato. Nessas condições, para que os contratos possam produzir os seus efeitos validamente, os contratantes devem ser pessoas capazes (2007, p. 10).

No caso dos contratos, expõe Lopes que a capacidade legal das partes

[...] é a que considera a pessoa dentro de certas condições exigidas pela lei, - suficientes a ser reputada uma vontade normal e apta a produzir os efeitos aos quais tende. É a capacidade própria às pessoas jurídicas, desaparelhadas de capacidade natural, limitando-se à outorgada pelo direito positivo. Às pessoas naturais não basta a capacidade natural; é-lhes necessária a legal, a qual, diferentemente da natural, tanto atinge as pessoas físicas como as jurídicas (2001, p. 64).

¹² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

As pessoas que não se enquadram nas prescrições da lei civil são consideradas incapazes de estabelecer um vínculo contratual. Para Lima, “os incapazes não têm vontade eficaz e, por isso, os atos jurídicos por eles realizados serão nulos ou anuláveis, conforme se trate de incapacidade absoluta ou relativa” (1984, p. 380). A capacidade se divide em absoluta e relativa, tendo-se a primeira disciplinada no artigo 3º¹³, do Código Civil e incorre na nulidade absoluta do contrato. A segunda, prevista no artigo 4º¹⁴, torna o contrato anulável, suscetível, assim, de ratificação.

Já o consentimento das partes demonstra-se como elemento essencial para formação de qualquer contrato, que, segundo ensina Wald, “é o acordo de vontade entre os contratantes” (1998, p. 162).

No entendimento de Venosa, tem-se a vontade contratual quando se

[...] subsume em um consentimento no contrato, é uma vontade negocial: isto é, dirigida para a obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes. O consentimento contratual é o cerne desse negócio jurídico. A partir da existência do consentimento se examinam os outros elementos do negócio jurídico contratual, quer o objeto, comum a todos os contratos, como aqueles exigidos em determinadas relações; quer a forma prescrita em lei; a entrega da coisa integrante da natureza do contrato (contrato reais), etc. (2008, p. 122).

De acordo com Pereira, o consentimento que gera o contrato envolve três aspectos, quais sejam:

A – Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.
 B – Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergirem a seu respeito não pode haver contrato válido, como já explicamos;
 C – Acordo sobre as cláusulas que o compõem: se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.
 O consentimento, como pressuposto material do contrato, exige a emissão da vontade de duas ou mais pessoas. A de um só é insuficiente (2004, p. 17).

O consentimento, assim, deve abranger o contrato em todos os seus aspectos, ou seja, desde sua natureza e objeto até suas cláusulas, sob pena de não ser considerado válido.

¹³Art 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

¹⁴ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

Em sendo elemento essencial da exteriorização da vontade do contratante, o consentimento estabelece-se nos artigos 111¹⁵ e 432¹⁶, 805 e 806¹⁷ do Código Civil, a não ser quando a lei exigir que se faça unicamente por um deles. Conforme entende Wald,

a interpretação do silêncio como manifestação de vontade decorre do texto legal ou convenção existente entre as partes. Deste modo, nos negócios em que não costuma haver aceitação expressa ou quando o proponente a tiver dispensado, o contrato se reputa concluído, salvo manifestação de vontade contrária por parte daquele a quem a proposta foi feita de costumes ou praxes comerciais ou finalmente da própria. (2008, p. 163).

Independente da forma com que seja transmitido, o consentimento deve se fazer presente em todas as etapas que envolvem a celebração de um contrato.

Por sua vez, objeto lícito e possível, segundo expõe Lopes (2001, p. 74), é o débito assumido pela parte que se obrigou, tendo por conteúdo a formação da obrigação, isto é, constituí-la, modificá-la, ou extingui-la.

Ensina Venosa que “a obrigação constitui-se no objeto imediato do contrato. As obrigações são dar, fazer e não fazer. A prestação contida nessas obrigações é que se constituirá o conteúdo propriamente dito do contrato, em seu objeto, ou objeto imediato do contrato” (2008, p. 438).

É essencial não confundir objeto do contrato com objeto da obrigação eis que, a segunda é a prestação assumida que consiste em dar (*dare*), fazer, (*facere*) e prestar (*praestare*). Nesse sentido, Monteiro afirma que

objeto lícito é o segundo elemento; é a operação que os contraentes visaram a realizar, o interesse que o ato jurídico tem por fim regular. Não se confunde, evidentemente, com o objeto da obrigação que consiste na prestação que o devedor está adstrito a fornecer ao credor e que este tem o direito de exigir daquele. O objeto da obrigação é isolado, concreto, singular, específico; o do contrato é idêntico em todas as estipulações da mesma natureza (2013, p. 8).

¹⁵ Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

¹⁶ Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa (BRASIL, Novo Código Civil, 2002, 2013).

¹⁷ Art. 805. Sendo o contrato a título oneroso, pode o credor, ao contratar, exigir que o rendeiro lhe preste garantia real, ou fidejussória (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

Art. 806. O contrato de constituição de renda será feito a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

Para ter sua validade nos termos da lei, o objeto do contrato deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, sendo que esse último elemento constitui uma novidade prevista no artigo 104, do Código Civil de 2002.

Sempre lícito, o objeto de contrato não deve ser defeso por lei, pois de acordo com Lima, “o direito não pode apoiar combinações contrárias aos seus preceitos fundamentais” (1984, p. 380). Da mesma forma, precisa ser o contrato possível, fisicamente ou juridicamente. A impossibilidade jurídica ocorre por previsão legal. Já a impossibilidade física é quando o contratante não possui condições de efetivá-la. Assevera Venosa que “a possibilidade, tanto física como jurídica, deve ser examinada em cada contrato. A impossibilidade pode variar no tempo e no espaço” (2008, p. 439).

O objeto do contrato necessita ser determinado ou determinável. Assim, segundo expõe Venosa,

não é possível obrigar o devedor a pagar alguma coisa, ou a exercer alguma atividade, de forma indeterminada. Por vezes, o objeto não é determinado no nascimento do contrato, mas deve ser determinável em seu curso. É o que ocorre, por exemplo, quando deixamos a fixação do preço a cargo de terceiros (2008, p. 440).

Por fim, somam-se como requisitos acessórios do objeto do contrato, a observância dos bons costumes e ordem pública que constituem fontes do direito e princípios básicos.

No que tange à forma, o contrato, conforme o Código Civil brasileiro, opera com a liberdade de forma, tendo-se a especial, que pode ser utilizada sempre que a lei o exigir, conforme disposto no artigo 107¹⁸.

Relata Monteiro (2013, p. 10) que o formalismo foi a característica de todas as civilizações primitivas, sendo que atualmente está em decadência, pois entre os povos de intensa vida comercial o rigor formal é considerado um embaraço, um obstáculo à celeridade. Nesse aspecto há que se referir o artigo 108¹⁹.

Relatos de Venosa consideram que

¹⁸ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

¹⁹ Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

no direito antigo, impunha-se uma série de formalidades, presenciadas por testemunhas. Estas, presentes aos atos, atestariam sua existência e validade. As formalidades tornavam os atos solenes e, como tal, impunham-se à sociedade. No velho Direito Romano, a forma era a regra, em que a menor desobediência implicava nulidade do ato. Os rituais substituíam a escritura. À medida que se expandem as relações mercantis, seu dinamismo não mais permite prisão à forma (2008, p. 442).

Por sua vez, Pereira afirma que “o direito moderno, [...] despreza o rigorismo da forma, atribuindo à declaração de vontade o poder de gerar efeitos diretamente e de estabelecer um liame jurídico entre os sujeitos” (2004, p. 19).

Segundo refere Lima, como condição de validade dos contratos, é a forma “que lhe dá consistência. Sem ela a ação é estranha à vida jurídica” (1984, p. 379). Ensina Dower que

[...] os contratos podem ser celebrados por escritura pública ou por escritos particulares e até tacitamente. Poderá ser feito através de instrumento particular, quando a lei não exigir instrumento público, assim como poderá ser realizado tácita ou verbalmente, quando a lei não o exigir, por escrito particular (2007, p. 12).

Nesse contexto, o artigo 212²⁰ do Código Civil declara que, salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia.

Por fim, as provas mostram-se como todos os artifícios, não defesos em lei, utilizados para indicar a existência de um contrato. Conforme já referido anteriormente, o Código Civil, no artigo 212, prevê as formas que os atos jurídicos podem ser provados.

No entendimento de Venosa, “prova é o meio de que o interessado se vale para demonstrar a existência do ato, do negócio, do contrato. Prova é o meio de que o interessado se vale para demonstrar legalmente a existência de um negócio jurídico” (2008, p. 442).

Segundo Lopes (2001, p. 85) não se deve confundir prova do contrato com forma do contrato. Forma é o conjunto de solenidades que devem ser observadas para que o negócio jurídico tenha eficácia. Apesar da distinção entre os dois requisitos do contrato, é facilmente compreensível quanto é estreito o traço que une a prova do contato à forma, visto que, quando se exige a forma pública para o contrato, *ipso facto*, o instrumento público é o seu

²⁰ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia. (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

único meio de prova pública, fazendo, assim, prova plena do contrato, nos termos do artigo 215²¹, do Código Civil.

Na sua função social, o contrato busca instrumentalizar as operações econômicas que, por sua vez, interessam sobremaneira à sociedade e seus cidadãos. Nesse sentido, a seguir, trata-se da função que exercem os contratos na sociedade, como veículo social de que se valem os cidadãos.

2.2 Contrato – função social

O substantivo função, conforme ensina Comparato (1996, p. 40) origina-se do latim *functio*, derivado, na referida língua, do verbo *fungor*, cujo significado é de cumprir algo, ou desempenhar-se um dever ou uma tarefa.

Segundo destaca Ferreira, são significados da palavra função:

[...]1. Ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina. 2. Cargo, serviço, ofício. 3. Prática ou exercício de cargo, serviço, ofício. 4. Utilidade, uso, serventia. 5. Posição, papel. [...] 8. Jur. Cada uma das grandes divisões da atividade do Estado na consecução de seus objetivos jurídicos. 9. Jur. O conjunto dos direitos, obrigações e atribuições duma pessoa em sua atividade profissional específica.[...] (2009, p. 189).

Juridicamente, pode-se entender a função como um conjunto de incumbências, direitos e deveres, que gravam a atividade a que estão atrelados, impondo um poder-dever ao exercente da referida atividade, que são os contratantes.

Entretanto, como lembra Comparato não se deve entender esse poder-dever "no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito" (1996, p. 40). É nesse contexto que se insere o instituto da função social, caracterizando-se como o poder-dever do titular da atividade, de exercê-la de acordo com os interesses e necessidades da sociedade, visando a um mundo livre, justo e solidário.

²¹ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena [...] (BRASIL, Código Civil de 2002, 2013).

Segundo assinala Theodoro Junior, a função social do contrato objetiva a igualdade das partes contratantes. Logo, “a base da função social do contrato estaria no princípio da igualdade, o qual atuaria, *in casu*, para superar o individualismo de modo a fazer com que a liberdade de cada um dos contratantes ‘seja igual para todos’ “(2004, p. 44).

O contrato, atualmente, é concebido não só como instrumento de composição de interesses particulares, mas também, e principalmente, como instrumento propulsor da economia. Nesse sentido, de acordo com Rodrigues, “é o veículo de circulação da riqueza”, e, portanto, interessa a toda coletividade (2011, p. 15).

Entendimento de Costa e Branco pontua que

[...] o contrato é a veste jurídica das operações econômicas, de modo que constitui sua função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro. A constituição econômica de uma sociedade, todos sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge – e interessa – a – todos (2002, p. 145).

O contrato, dessa forma, cumpre a sua função social não apenas quando coíbe a desigualdade entre as partes contratantes, mas, também, quando consegue estabelecer uma relação harmoniosa entre o interesse dos indivíduos contratantes e o interesse da coletividade.

Ressalta-se que não se pode perder de vista o contrato como elo. De um lado põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e vai receber uma razão de equilíbrio e medida.

Dessa maneira, pode-se conceituar a função social do contrato como sendo a finalidade pela qual o ordenamento jurídico visa à igualdade jurídica e material das partes contratantes, bem como o equilíbrio entre os interesses dos indivíduos contratantes e o da sociedade onde o contrato é efetivado.

A função social dos contratos objetiva, conforme refere Elesbão (2000, p. 87), conferir segurança jurídica, consistente na garantia de que o equilíbrio será sempre respeitado. O Código Civil determina clara e definitivamente a funcionalidade que devem conter os contratos. Nesse aspecto, vale registrar que essa função do contrato não é novidade, sendo incontestável a sua função de instrumentalizar as operações econômicas que, por sua vez, interessam sobremaneira à sociedade.

Conforme afirma Elesbão, tem-se que

[...] a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. O citado projeto ainda não é lei, mas função social do contrato não será, com certeza, instituída por ele; se chegar a ser convertido em lei, ninguém evidentemente sustentará que os contratos anteriores à data de sua vigência não tinham função social. Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo o direito tem uma função social que dispensa referência expressa. Todo o direito só pode ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social [...]. As obrigações resultantes dos contratos (e dos negócios jurídicos) valem juridicamente. São tuteladas por lei, não apenas porque as partes se assumiram, mas, principalmente, porque interessa à sociedade a tutela da situação criada, em razão das conseqüências econômicas e sociais que produzem (2000, p. 88).

O artigo 421²², do Código Civil, ao referir que a liberdade de contratar se exerce devido aos limites da função social do contrato implica interpretação e integração das cláusulas contratuais, de acordo com a configuração de vários princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, no intuito de preservar a justiça e os valores e garantias individuais e sociais. Para Costa e Branco, esse

[...] dispositivo modifica substancialmente o próprio conceito de contrato e de função social, pois de mero limite da autonomia da vontade, a função social é recebida como razão determinante [...]. A colocação da “cláusula geral” da função social do contrato disciplina não só o contrato em si, mas a liberdade de contratar, tendo uma conotação mais ampla, pois além de mera limitação a tal liberdade, a função social tem um valor “operativo”, constitutivo do próprio contrato, cujas conseqüências são a interpretação dos contratos e, por igual, a integração e a concretização das normas contratuais particularmente consideradas, numa atividade de integração do direito que atribui ao juiz um papel ativo de formação do direito (2002, p. 129).

Assim, a cláusula geral da função social, além da limitação da liberdade contratual, segundo expõem Costa e Branco (2002, p. 129), apresenta valor operativo na interpretação dos contratos e na criação de normas, para a solução de problemas nos quais o ordenamento jurídico não traz soluções compatíveis, impedindo o envelhecimento do texto codificado. Esse é um aspecto de significativa importância, uma vez que os interesses sociais se sobressaem cada vez mais dos individuais, pedindo a manutenção do texto legal sempre atualizado e adequado aos valores que se quer tutelar.

²² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, Código Civil, 2002, 2013).

Logo, a obrigatoriedade da função social referida no artigo 421, do Código envolve uma inserção implícita desse princípio em cada contrato celebrado, por se tratar de cláusula geral.

De acordo com Garcia, o Código Civil vincula a liberdade de contratar com a função social do contrato, de forma que, quando em dissonância, cabe à tutela jurisdicional pôr em equilíbrio o vínculo e “enquadrando o acordo de vontades (privado, em princípio) à função social, representada, em última análise, pela proporcionalidade” (2003, p. 81).

O artigo 421, do Código Civil, com sua ação de revisão objetiva o equilíbrio das próprias relações sociais. Nessa senda, conforme afirma Garcia (2003, p. 82), preserva o que foi acordado para não resultar em desequilíbrio e, assim, não serem feridos os princípios da autonomia da vontade e da intangibilidade.

Ter presente a observância da função social nos contratos, inclusive nos formalmente perfeitos é imperativo. Através dela e da boa-fé pretende-se assegurar o atendimento dos princípios do equilíbrio contratual e da equidade.

Segundo assinala Gomes, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, como cláusulas gerais, caracterizam uma mudança na racionalidade jurídica, na medida em que permitem a abertura do sistema codificado para a introdução de novas teorias contratuais, levando ao intérprete a adequação de conceitos insuficientes, a fim de obter uma solução mais justa e adequada aos valores que informam a sociedade. Dessa forma,

[...] condiz com sua função social de servir de instrumento de colaboração entre os homens para atenderem a satisfações individuais e atingir finalidades comuns [...]. Esta visão do contrato sob a perspectiva da solidariedade social, de instrumento que a viabiliza no plano jurídico, concorrendo para as relações de cooperação entre os homens, antes do que acirrada disputa, é a que mais se ajusta às Dimensões da Humanidade do Terceiro Milênio (2002, p. 56).

Partindo dessa perspectiva calcada nas relações de cooperação, Carpena expõe que a repersonalização do direito civil e a responsabilização do indivíduo centrada não somente no

eventual prejuízo que determinada conduta possa ter causado a outrem, mas também a repercussão havida na sociedade como um todo. [...] A dinâmica social impulsionou essa mudança de rumos, demandando a releitura de institutos jurídicos, sob a perspectiva da solidariedade constitucional. A repersonalização supera o “indivíduo-centrismo” neste sentido, qual seja, de valorização da pessoa humana em todos os seus aspectos, com olhos postos na dimensão social dos direitos, funcionalizando-os (2002, p. 132).

No atual cenário, em que se mostram contínuas mudanças de ordem econômica, torna-se difícil estabelecer os contornos das condutas socialmente desejáveis por via legislativa. Para Carpena (2002, p. 133), de um lado as cláusulas gerais e os princípios jurídicos levam a abertura do sistema e a oxigenação do ordenamento jurídico; de outro, mostram um sacrifício à segurança jurídica. Nesse particular, é que se evidencia que a relativização dos direitos não implica imposição de padrões que permitam liberdade total interpretativa. À doutrina, por isso, cabe buscar a elaboração de suportes que fixem parâmetros para nortear a utilização dos conceitos abertos. Já ao aplicador cabe assumir seu papel no processo valorativo, tendo por base, na ausência de norma específica, sempre os princípios gerais deduzidos das normas constitucionais.

A função social, assim, em sentido amplo pode ser entendida por finalidade. Já, em sentido estrito, representa o serviço realizado em benefício de outrem, com o fim de restringir a liberdade de contratar, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Refere Gomes (2004, p. 85) que a função social sustenta-se em um poder que é dado ao Estado, visando ao bem coletivo de exigir de forma responsável e excepcional um dever jurídico do cidadão, refletindo um comportamento que não seja lesivo ou ameace interesses supremos da sociedade. Essa função parte não de um direito subjetivo calcado no binômio pretensão-obrigação, mas, sim, de uma situação subjetiva posta sobre o binômio poder-sujeição.

Para Theodoro Junior (2004, p. 31), a função social do contrato garante não apenas a segurança e equilíbrio dos contratos entre particulares, mas também os reflexos sociais que daí advêm. Nesse sentido, consiste em abordar contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulem (contratantes).

Assinala Garcia que o Código Civil, então, passa a ter a interpretação finalística, pois as cláusulas gerais da função social e da boa-fé lhe são totais, na medida em que dotam de mobilidade o sistema jurídico, enaltecendo a atividade de intérprete. Ou seja, o

[...] Código Civil inovou radicalmente a contratualística, trazendo ao regramento legal o instituto da boa fé, da lesão e, mais importante, a função social do contrato. O Direito objetivo, com tais inovadores conceitos no Direito Pátrio, criou espaço legal para a ação da revisão contratual. Assim a fim de rever as bases contratuais que fizeram o negócio jurídico ou lesionário, ou ofensivo à boa fé ou descumpridor de sua função social, em suma, que ferem a proporção, o equilíbrio, pode (e deve) o contratante lesado (ou em via de ser) propor ação judicial, buscando a proteção da tutela jurisdicional, no sentido de que o vínculo contratual formado seja restabelecido judicialmente dentro de bases equânimes (2003, p. 61).

Registra-se que a boa fé objetiva e a função social do contrato se unem para atuar como mandamentos de conduta, desvinculando-se da vontade das partes. Assim, segundo refere Ustárroz (2003, p. 35), a boa fé serve para orientar a missão interpretativa, identificar as justas expectativas das partes, impor deveres laterais de conduta para a abstenção de lesão a bens jurídicos e a legítimos interesses do outro contratante, afastar a abusividade, propiciando, assim, o cumprimento de sua função social, como condição de validade do contrato. Entretanto, essa função

[...] não pode ser medida arbitrariamente ou, ainda, pior, ser imaginada como a panacéia para correção de todos os males. Em que pese a ainda incipiente produção científica nacional sobre o tema, algumas conclusões são de rigor, tal como a necessidade de o Estado assegurar a integridade e o cumprimento dos contratos, a fim de viabilizar a autonomia privada, bem como a convivência das pessoas, e a utilidade do vínculo, medida pelo efeito que este desperta na realidade no qual se insere (2003, p. 35).

Por fim, há que se ter em conta que a função social do contrato não representa o abandono ao princípio da sua intangibilidade, contudo, a harmonia entre os interesses das partes em consonância com os da sociedade.

Dessa forma, tem-se a prerrogativa da proteção da confiança como norteadora da nova visão de contrato que se respalda em uma justiça contratual sob a perspectiva material, pautado por equivalência de prestações e na boa fé dos contratantes, na busca da solução equivalente e justa para o caso concreto.

2.3 Contrato – proteção da confiança

No cumprimento da função social, emerge a proteção da confiança, traduzindo uma nova concepção de contrato, pautada pela segurança jurídica.

De acordo com relato de Martins Costa (1992, p. 132), o voluntarismo característico da concepção tradicional de contrato, aos poucos foi enfraquecendo, a partir do advento do capitalismo industrial e das transformações que daí decorreram. Impõe-se, assim, a garantia da segurança do tráfico jurídico, cuja intensidade e complexidade impunham a necessidade de se proteger o destinatário da declaração, no intuito de reduzir as possibilidades de invalidação do negócio jurídico por erro. Da ênfase ao valor liberdade, que havia marcado o período da Revolução Francesa, passa-se para o valor certeza da ordem estabelecida.

Jacques (2003, p. 107) expõe que foi na proteção da confiança que a segurança encontrou condições de existência, resultando um significativo abrandamento do dogma da autonomia da vontade e do valor liberdade, que permeavam a concepção contratual até então vigente. Essa proteção que existe desde o direito romano, demonstrando crescente valorização nos dias atuais, firma-se pelo dinamismo das relações contratuais. Através dela, tem-se a responsabilização do contratante que, por sua conduta, expõe em outro parceiro contratual a justificada expectativa de que certas obrigações contratuais devem ser cumpridas.

Refere Jacques (2003, p. 108) que a teoria da vontade preocupava-se com o indivíduo e com o momento de criação do contrato. A teoria da confiança sustenta-se também na proteção dos efeitos do contrato, tutelando os legítimos interesses das partes e a segurança das relações contratuais. O que se altera é o momento de proteção que passa a tutelar não apenas a criação do contrato como os efeitos que tal instrumento pode se estender à sociedade, levando em conta a busca pela justiça contratual e pela harmonização de interesses.

Para Branco (2002, p. 176), o entendimento da relevância da proteção da confiança e do papel que desempenha no campo dos contratos é o estudo de tal instrumento em consonância com a concepção social do contrato, já que é nesta que encontra respaldo a busca de uma justiça contratual do ponto de vista material, pautado por equivalência de prestações e na boa fé dos contratantes, sempre procurando a solução mais justa e igual para o caso concreto.

Relato de Gomes (2006, p. 18) observa que é no debate entre a teoria da vontade e da declaração ocorrido no final do século XIX, contudo, que se expressam as primeiras

referências ao elemento confiança, sendo evidente a afirmação de que a teoria da confiança mostra-se em um abrandamento ou variante da teoria da declaração, uma vez que, em ambas, vigora o entendimento de que a declaração deve se sobrepor à vontade do declarante.

Segundo revela Gomes (2006, p. 19), o voluntarismo jurídico que predomina na ciência jurídica, durante o século XIX, atribui à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do direito, sendo esta considerada a pedra angular de todo o direito contratual. Duas teorias buscaram explicar o primado da vontade naquele contexto histórico, quais sejam: a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). Assim, a vontade se encontra na verdadeira força criadora dos efeitos do negócio jurídico, tendo-se a declaração tão somente como meio hábil a exteriorizar tal vontade. Nessa compreensão, a vontade deve prevalecer numa eventual divergência entre esta e a declaração; na interpretação do negócio jurídico há de se buscar sempre a intenção do declarante, haja vista ser a declaração simples processo de sua revelação.

No entanto, com o advento da teoria da declaração, a primazia da vontade que até então imperava perde muito de sua força, uma vez que a declaração deveria se sobrepor à vontade interna. Ou seja, a vontade não configura força criadora do negócio jurídico e nem a sua essência, por se tratar de fase meramente passageira na sua gênese. Dessa maneira, essencial é a declaração, devendo nortear a interpretação dos negócios jurídicos, em detrimento da vontade. O ato deve ser jurídico não por vontade, e sim pelo direito determinado. Logo, a própria força da vontade tem sua origem no direito objetivo e não na vontade. Os efeitos produzidos pela vontade são atribuídos por lei, representando aquela uma força meramente secundária, na medida em que atua apenas na origem do ato (GOMES, 2006, p. 20).

Conforme declara Branco (2002, p. 170), a teoria da declaração pode ser considerada a primeira brecha aberta no dogma da autonomia da vontade, uma vez que negou à vontade o poder de criar direitos e obrigações, sendo a posição defendida pela teoria da vontade. Todavia, essa teoria não se libertou do dogma do voluntarismo jurídico até então reinante, pois somente tal ocorre com a imposição da teoria da confiança. Assim, a confiança como teoria surgiu entre a teoria da vontade de Savigny²³ e a da declaração de Bülow²⁴ como uma terceira via para tentar explicar o papel da vontade na produção dos efeitos do ato, bem como

²³ Essa teoria advoga que o possuidor tem os chamados *corpus* e *animus*, consistente o primeiro numa relação física pessoa-coisa, e o segundo consistente numa intenção de ser dono, denominado, portanto, de *animus domini* (GOMES, 2001, p. 18).

²⁴ Essa teoria dá relevância à declaração feita, ao “sentido normal da declaração” (GOMES, 2007, p. 275), com vistas à estabilidade das relações jurídicas, e, “se despreza o interesse do emissor da declaração, protege o da pessoa a quem a declaração se dirige” (RODRIGUES, 2011, p. 187).

para limitar a importância da vontade na formação e existência do negócio jurídico. Em situação de conflito entre vontade real e vontade declarada, prevalece a declarada, quando no destinatário houver suscitado um grau tal de confiança que ele, levando em conta as circunstâncias objetivas do caso, tenha acreditado na normalidade da declaração, procedendo de acordo com essa crença legítima. Com a chegada da teoria da confiança, difundida entre os juristas alemães, na segunda metade do século XIX, percebe-se o abandono do individualismo bastante valorizado pela teoria da vontade.

Segundo aduz Branco (2002, p. 171), a teoria da confiança (*Vertrauenslehre*) empresta à declaração papel de destaque em detrimento da vontade, justificando que o direito deve privilegiar mais a certeza do que a vontade. Tem-se, assim, a aparência da vontade, no intuito de dar maior certeza e segurança às relações contratuais.

No entendimento de Gomes, se houver

[...] divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda que esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contratantes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade. Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, o destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie* (2006, p. 135).

A proteção da aparência da vontade demonstra sua relevância quando a confiança que o destinatário deposita no seu conteúdo sustenta-se na sua boa-fé. Nesse tom, segundo Gomes (2006, p. 166), tem-se viabilizada a estabilidade das relações jurídicas, uma vez que visa a tutelar não apenas a aparência decorrente da divergência entre vontade e declaração, mas também os efeitos do contrato, de modo a proteger as expectativas legítimas das partes e a segurança das relações jurídicas.

Na acepção de Branco (2002, p. 177), a confiança pode ser vista sob três aspectos: a) quando fundante do ordenamento pela possibilidade de ser preservada, mesmo que inexista regra legal, constituindo-se em princípio para tomada de decisões judiciais, cujo papel é evitar que alguém se aproveite de uma posição que ocupa para obter vantagens, ainda que não sejam concedidas; b) quando é pressuposto de existência de uma ordem jurídico-social, visto que a preservação da confiança faz surgir regras que levam em conta o ponto de vista do outro,

permitindo a convivência social; e c) ao exercer a função de simplificação, limitando as possibilidades de comportamentos, de forma a tornar alguns comportamentos previsíveis, afastando perigos derivados da imprevisibilidade do comportamento humano.

Conforme Marques (2011, p. 105), a proteção da confiança destaca-se cada vez mais quando se trata das relações contratuais, em razão da necessidade premente de proteger o contratante em posição de vulnerabilidade no seio de uma sociedade massificada, em que imperam a padronização e standardização das relações sociais e comerciais. Há que se cuidar, assim, das legítimas expectativas do contratante, especialmente no âmbito das relações de consumo, em que se faz imperiosa a garantia do mercado como um local seguro, de modo que as relações entre consumidor se pautem na lealdade e na confiança recíprocas.

Jacques (2003, p. 119) refere que, no contexto atual, facilmente se compreende a intenção do legislador do Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer, em seu artigo 30²⁵, que as informações que se originam da publicidade integram o contrato em razão das ‘justificadas expectativas’ criadas por tal ato, assim como o declarante deve responder pela confiança que o contratante nele depositou ao contratar. Na realidade, isso conduz à proteção pela confiança despertada no consumidor através de uma prática comercial cujo objetivo maior é justamente transmitir a este a aparência de qualidade, eficiência e confiabilidade do fornecedor. Dessa forma, tal publicidade deve obedecer a padrões éticos e também permitir eventual responsabilização de quem dela se beneficia caso provoque danos ou prejuízos aos seus destinatários.

Para Costa (2010, p. 247), a proteção da confiança não se limita a atuar na fase contratual, podendo se estender também à responsabilidade pré-contratual do fornecedor, visto que, em razão das promessas levadas a efeito através da publicidade, pode ser responsabilizado quando gerar justificada expectativa, durante a fase que antecede a conclusão do contrato, de que este será futuramente realizado. O outro contratante baseado nesta expectativa pode praticar atos que não se efetivariam se não depositasse tal confiança em seu parceiro contratual.

Branco (2002, p. 209) afirma que, no que se refere à prestação contratual propriamente dita, a confiança do consumidor deve ter sua tutela quanto ao fim que razoavelmente se espera do vínculo contratual, bem como à adequação do produto ou serviço colocado à sua

²⁵ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, Lei n°. 8.078/90, 2013).

disposição, garantindo a segurança e proteção de seus destinatários. A proteção da confiança pode ser vista como verdadeiro substrato da responsabilidade civil nas relações de consumo, cuja imposição tem por consequência direta a necessidade de imputação objetiva da responsabilidade pelo produto ou serviço quando este não responder às expectativas legítimas do consumidor.

Em seguimento, aborda-se o superendividamento do consumidor, quando deixa de cumprir com o pagamento de suas dívidas, as quais extrapolam o montante de seu salário e recursos.

3 SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Como fator que se associa à atividade econômica, tem-se o endividamento que, se não for controlado reverte em superendividamento somado à impossibilidade de pagamento das dívidas.

O superendividamento caracteriza uma situação em que se encontra o consumidor, como pessoa física, em razão da falta de recursos financeiros suficientes para saldar suas dívidas.

Conforme expõe Bolade (2012, p. 4), o superendividamento tem sua origem em muitos fatores, que podem ser desde casos fortuitos até o consumo desenfreado. Nessa perspectiva, é possível afirmar que o fenômeno demonstra-se pela insuficiência de recursos econômicos da pessoa física para o cumprimento de suas obrigações financeiras, cuja decorrência é um aumento de suas dívidas frente aos seus rendimentos.

O consumidor, muitas vezes, torna-se vulnerável, na relação do consumo, frente aos instrumentos de que se utiliza a oferta e o crédito. Vale referir, segundo Bolade (2012, p. 5), a responsabilidade dos fornecedores que deixam de esclarecer requisitos essenciais na realização de seus contratos, somado a ausência de um mecanismo jurídico específico que previna e trate o superendividamento conforme já acontece em outros ordenamentos jurídicos.

Este capítulo apresenta, inicialmente, o conceito de superendividamento quando se trata de consumidor que extrapola no consumo e no crédito. Após, aborda a inserção nos órgãos de restrição ao crédito, Serasa e Serviço de Proteção ao Crédito, como consequência do superendividamento do consumidor.

Por fim, elenca aspectos do superendividamento do consumidor e sua relação com o tipo de sociedade que se formou no decorrer dos tempos. Expõe também a importância do Código de Defesa do Consumidor quando menciona em seu texto o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva

3.1 Superendividamento – conceito

A definição de superendividamento implica a impossibilidade do consumidor realizar o pagamento de suas dívidas, pela razão do montante devido superar o valor que tange ao seu salário e patrimônio.

Para Marques, o superendividamento caracteriza a

[...] impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio (2005, p. 256).

Assim, tem-se o consumidor de boa fé que, segundo Marques (2005, p. 257), apresenta o propósito de pagar suas dívidas, mas deixa de fazê-lo por motivo imprevisto e alheio à sua vontade.

Na visão de Casado (2005, p. 130), o consumidor superendividado define-se por aquele que adquiriu uma quantidade de compromissos financeiros e não consegue cumpri-los com o salário que percebe.

Para Marques e Frade (2000, p. 3), esse superendividamento que pode ser denominado sobre-endividamento também se designa

[...] por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis (2000, p. 3).

Nessa linha, o consumidor superendividado inclui-se em uma prática de endividamento superior, que seria impossível de suportar e não o simples descumprimento das obrigações financeiras.

Destaca Almeida (2011, p. 45) que o superendividamento indica o endividamento superior ao normal daquele possível de ser suportado pelo orçamento mensal dos consumidores, ou seja, é a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo

e de boa fé, de quitar as suas obrigações, configuradas em dívidas atuais e futuras de consumo.

Assim se demonstra a incapacidade do devedor, como pessoa física, em administrar seu orçamento, por isso se torna superendividado, gerando o superendividamento jurídico e social que, norteado pelas razões que lhe deram causa, pode ser considerado sob dois aspectos, que são forma ativa e também passiva. A boa fé tanto do consumidor como do fornecedor deve nortear a relação de consumo, baseada em honestidade.

3.1.1 Forma ativa

O superendividamento, na forma ativa, expressa-se na maneira espontânea e no uso do crédito de forma desmedida, ultrapassando as condições de orçamento pessoal. Conforme assinala Marques (2005, p. 14), esse tipo de endividamento advém de uma acumulação inconsiderada de dívidas, desde que de boa fé, podendo ser conhecido também como endividamento compulsório.

Destaca também Marques (2005, p. 14) que a forma ativa ocorre quando o consumidor abusa do crédito e consome em demasia, extrapolando as possibilidades de seu orçamento, as quais, ainda que em condições normais, não fariam face às dívidas assumidas.

Para Lima e Bertoncello (2006, p. 203), o superendividamento ativo tem origem na má administração do orçamento doméstico, quando o consumidor abusa do crédito e consumo muito além de suas posses.

De acordo com Costa (2007, p. 43), a complexa questão que envolve o superendividamento ativo consciente e inconsciente, expressa-se na dificuldade em diferenciá-los, pois o fator divergente é a existência ou ausência de boa fé, logo, que necessita de uma análise minuciosa e subjetiva.

Para Marques e Frade (2000, p. 5) que o ativo consciente diz respeito àquele que efetua dívidas, ciente de que não poderá quitá-las, ou seja, realiza um ato de má fé, já sabendo que o credor não terá como cobrar-lhe a dívida. Por sua vez, ativo inconsciente é o consumidor que se encontra superendividado, em decorrência da falta de cautela em seus gastos. Assim, não configura a má fé, visto que, ao assumir suas dívidas tem o intuito de quitá-las, mas que, por falta de controle sobre seus gastos e rendimentos, acaba

comprometendo-se em mais compromissos financeiros que seus rendimentos são capazes de suportar.

No entendimento de Kirchner,

[...] o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe (2008, p. 74).

Nesse contexto, o superendividamento ativo molda-se na colaboração ou na prática de atos efetivados pelo consumidor, que consome, além de suas possibilidades, ou por compulsão, ou, ainda, quando tem no crédito o único meio de acesso a bens e serviços.

3.1.2 Forma passiva

O superendividamento passivo é aquele em que o consumidor não contribui de forma direta para que a situação se instale, e, sim, são determinados fatores, comuns da vida cotidiana que concorrem para ocasioná-la.

De acordo com Marques (2005, p. 11), a forma passiva de endividamento caracteriza-se por uma imprevisão que surge na vida da pessoa. Ou seja, pelo surgimento de uma situação provocada por um imprevisto da vida moderna, como, dívida proveniente do desemprego, doença que acomete uma pessoa da família, separação do casal, entre outros.

De acordo com Marques e Frade (2000, p. 4), o passivo advém de circunstâncias alheias à vontade de quem está endividado, a partir de acontecimento inesperado na vida do consumidor.

No entendimento de Lima e Bertencello (2006, p. 203), o superendividamento passivo decorre de acidentes da vida, de acontecimentos imprevisíveis. Para Marques, a causa não é abuso ou má administração do orçamento familiar, mas “um acidente de vida” (2006, p. 13).

Logo, as imprevisões que ocorrem no percurso da vida, trazem como consequência o superendividamento denominado de passivo, uma vez que não caracteriza má fé ou, diretamente, de má administração dos rendimentos.

3.1.3 Boa fé do consumidor

Efetivada como regra de conduta, norteadada pela exigência de valor como honestidade, a boa fé, como princípio, expressa-se no Código de Defesa do Consumidor, tanto no artigo 4º, inciso III²⁶, quando expõe sobre a harmonização dos interesses dos envolvidos na relação de consumo, bem como, na cláusula geral para os vínculos contratuais, conforme artigo 51, inciso IV²⁷, quando firma obrigações que se mostrem abusivas e que coloquem o consumidor em situação de desvantagem.

A boa-fé do consumidor demonstra-se em sua vontade de quitar as dívidas, observando sua condição econômica. Logo, a existência de muitas dívidas não descaracteriza a boa fé do consumidor, até porque, tal situação é justamente o que configura sua condição de superendividado.

Conforme assinala Amorin (2010, p. 2), a boa fé é condição fundamental para a caracterização do superendividamento, entendido como a impossibilidade global do consumidor, pessoa física, e de boa fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo. Nesse contexto, no sobre-endividamento, a boa fé não é percebida apenas como um princípio, mas como uma condição comportamental do consumidor, sem a qual não se configura a incidência do instituto.

Segundo entendimento de Giancoli, quando se trata de superendividamento, o sentido de boa fé implica estudo sobre o endividado, por meio “de dados da causa, o elemento intencional que evidencia seu conhecimento deste processo e sua vontade de solucionar o conjunto de suas dívidas cujo total é excessivo, tendo-se em conta os recursos do devedor” (2008, p. 102).

Nessa linha, conforme expõe Giancoli (2008, p. 1023), a boa fé do consumidor, traduz-se, na prática, na sua iniciativa de quitar o total dos seus débitos, dentro de suas posses financeiras. Entretanto, frente à vulnerabilidade do consumidor e da dificuldade de prova dos elementos de base que geram o estado de sobre-endividamento, a sua boa fé é presumida, cabendo prova em contrário a cargo do credor.

²⁶ Art. 4º [...]III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

²⁷ Art. 51 [...] IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

Nesse sentido, ainda que presumida, a boa fé deve pautar os contratos e a conduta das partes envolvidas na relação de consumo, buscando sempre a harmonização contratual para que possam se viabilizar os princípios em que se sustenta a ordem econômica.

3.1.4 Boa fé do fornecedor de crédito

Em se tratando de relação de consumo, nos contratos que envolvem consumidor e fornecedor, muitas vezes, observam-se condutas que caracterizam abuso de direito, principalmente, no que tange a práticas comerciais, que podem lesar os consumidores, sendo justificativa para a aplicação do princípio da boa fé.

Refere Bolade (2012, p. 6) que, quanto aos contratos de crédito, o abuso de direito pode se manifestar quando o fornecedor deixa de observar os pressupostos essenciais à sua concessão, que é a condição econômica de adimplemento pelo consumidor, mesmo diante da satisfação dos requisitos formais de validade do contrato, uma vez que concerne ao fornecedor impor condições à concessão de crédito.

De acordo com Amorim, na situação que envolve

[...] os contratos de fornecimento creditício, é evidente que o fornecedor que concede crédito a quem não tem condições de adimplir o ajuste está abusando do direito de fornecer crédito, ainda que tal contrato satisfaça os requisitos formais de validade. O fornecedor deve condicionar seus empréstimos a uma prévia avaliação da capacidade de endividamento do tomador, de forma a somente celebrar contratos em limites compatíveis com a natureza alimentar dos vencimentos deste. Ao adotar conduta diversa, opta por assumir os riscos do negócio, os quais não podem ser repassados ao consumidor (2010, p. 3).

Esse tipo de conduta adotada pelo fornecedor pode configurar o abuso do direito de, ao dispor de crédito, oferecer empréstimo sem as devidas observações sobre a capacidade de endividamento do consumidor.

Salienta Bolade (2012, p. 7) que a falta de cautela na concessão de crédito, no que se refere à capacidade de adimplemento do tomador, não se contempla como um ato de boa fé do fornecedor. Tem sido muito comum ao judiciário brasileiro a propositura de ação por parte do consumidor, requerendo a revisão contratual, em razão de sua total impossibilidade de honrar

com pagamentos, quanto mais porque a obrigação apresenta-se desproporcional ao proveito do crédito que adquiriu. Nessa hipótese, o fornecedor pode não receber a chancela do judiciário.

Assim, diante da assinatura de um contrato, o fornecedor deve estampar, de forma clara, não somente os seus interesses, mas também os do consumidor, para que não incorra na violação do princípio da boa fé, ao extrapolar a liberdade contratual.

Nesse sentido, destacam Carpena e Cavalazzi que se torna

[...] evidente que a adesão ao contrato de crédito ao consumo, estabelecendo relação continuada, de duração muitas vezes prolongada, e envolvendo cálculos e taxas frequentemente incompreensíveis para o consumidor, impõe maior carga de informação a ser prestada pelo fornecedor (2006, p. 339).

Isso implica o dever do fornecedor de informar, de forma clara e objetiva, ao consumidor, os termos do contrato que vai ser firmado. Para ilustrar, Carpena e Cavalazzi expõem que a doutrina francesa criou a figura do dever de aconselhamento, ou obrigação de conselho, que se demonstra no dever de revelar ao consumidor os prováveis problemas da operação de crédito a curto e a longo prazos, prevenindo-o e indicando soluções possíveis. Esse procedimento traduz-se na personalização da informação, cabendo ao fornecedor levar em conta não apenas as características do homem-médio, mas daquele consumidor determinado, transmitindo-lhe, de maneira simples e compreensível, os riscos e as variáveis que envolvem a operação de crédito ao consumo. Ademais, ressalta-se que o comportamento do fornecedor no que tange ao

[...] financiamento concedido de forma temerária, tendo sido celebrado o pacto com consentimento irrefletido, sem contemplação por parte do fornecedor das reais condições daquele que pretende receber o crédito, praticamente induzindo a inadimplência, sem dúvida nenhuma, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção das legítimas expectativas dos consumidores, a garantia de cumprimento do que ele espera obter de uma dada relação contratual, nada mais é do que a projeção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional (2006, p. 339).

Esse tipo de conduta que induz praticamente o consumidor ao crédito, sem contemplar as reais condições para adimplemento, projeta a violação do princípio da dignidade humana do cidadão no que tange à sua obrigação.

3.2 A inserção nos órgãos de restrição ao crédito

O superendividamento traz como consequência a inserção do devedor nos órgãos de restrição ao crédito, também denominados de bancos de dados dos consumidores que tanto podem ser públicos como privados. Atualmente esses órgãos incluem, entre outros, os mais utilizados, que são a Serasa Experian e o Serviço de Proteção ao Crédito Brasil (SPC Brasil).

A Serasa, como empresa privada, criada pelos bancos, com o objetivo de centralizar informações, possui um dos maiores bancos de dados do mundo e dedica sua atividade à prestação de serviços de interesse geral. A instituição é reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor como uma entidade de caráter público, conforme estabelece o artigo 43²⁸, da Lei n. 8.078 (www.cadastrapositivoserasa.com.br/.../o-que-e.html).

O Serviço de Proteção ao Crédito é um banco de dados privado de informações de crédito, de caráter público, conforme a definição do CDC, gerido e alimentado por associações comerciais e câmaras de dirigentes lojistas do país que são filiadas à Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas, que trocam entre si informações colhidas em todo o território nacional por meio de uma entidade chamada de RENIC, Rede Nacional de Informações Comerciais (www.renic.com.br).

De acordo com Bessa (2007, p. 203), até a edição do CDC, os bancos de dados de proteção ao crédito não traziam previsão legislativa, o que contribuía para que abusos fossem cometidos. No entanto, com a regulamentação, prevista no CDC, estabeleceram-se alguns limites, uma vez que as informações inseridas nesses bancos, podem vir a violar o direito constitucional, a privacidade e a honra do consumidor.

Para Bessa (2007, p. 204), os bancos de dados definem-se como entidades cujo principal objeto é a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros, como credor, de informações pessoais dos pretendentes à obrigação de crédito.

Dessa forma, os bancos de dados caracterizam-se por instituições que cadastram informações, que incluem hábitos de pagamentos, sendo base para a avaliação do fornecedor sobre os riscos na concessão de crédito dos consumidores.

²⁸ Art. 43. [...] § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

Marques (2011, p. 823) assinala que os bancos de dados, os quais representam os hábitos dos consumidores e a forma de pagamento, atualmente, potencializam-se com o auxílio de instrumentos, entre outros, como a Internet, devendo tais informações estar de acordo com o que estabelece o CDC.

Bessa (2005, p. 205) refere que esses bancos demonstram sua importância, quando contribuem para uma aproximação entre fornecedor e consumidor, uma vez que, na atualidade, os parceiros contratuais não mais se conhecem. Essa aproximação, assim, permite a noção de alguns pontos essenciais para determinar o risco da concessão e as taxas de juros aplicáveis, pois são calculados a partir do risco produzido. Ademais, concorrem para a concessão de crédito de forma mais rápida e ágil.

Segundo relatam Badin et al. (2007, p. 13), a experiência internacional e a teoria econômica pontuam que os bancos de dados de proteção ao crédito desempenham função essencial para o mercado de crédito e as transações comerciais em geral.

Seguindo na linha de respeito ao consumidor estabelecendo limites no que tange às informações, o CDC estabelece, no seu artigo 43, regulações para a concessão de dados. Nesse sentido Grinover et al. expõe que, uma vez que

[...] o uso dessas entidades é disseminado e cresce ininterruptamente, têm elas o condão de diariamente afetar [...] a vida de milhares de consumidores, não só daqueles que efetivamente são inadimplentes, mas de todos nós cidadãos, devedores ou não, contratantes ou não (2011, p. 366).

Logo, a regulamentação efetivada pelo CDC contribui para que certos abusos cometidos na concessão de informações sobre os consumidores possam ser coibidos. De acordo com Badin et al. (2007, p. 14), a eficácia dos órgãos de dados tem sido questionada quanto ao seu papel de oferecer dados informativos, uma vez que o número de ações judiciais impetradas contra esses órgãos tem aumentado cada vez mais. O diagnóstico dos bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil demonstra que essas entidades têm desagradado tanto do ponto de vista econômico como do consumidor.

A informação que contempla os bancos de dados influencia sobremaneira todos os consumidores, por isso há a necessidade de um real e efetivo controle na sua prática. Nesse

sentido, o artigo 43²⁹ do CDC, expõe procedimentos que devem contemplar o cadastro dos consumidores, sendo de forma clara, objetiva, precisa e de linguagem de fácil compreensão.

Segundo destaca Bessa, a partir do artigo 43, os bancos de dados têm o dever de manter atualizadas as informações, de comunicar dados ao consumidor sobre a inscrição de seu nome em seus cadastros, de corrigir dados incorretos, e de incluir apenas no registro negativo a informação por período não superior a cinco anos. Esses limites precisam ser observados, uma vez que

[...] a atuação dos arquivos de consumo só se legitima quando rigorosamente observados todos os pressupostos legais indicados pelo CDC. Do contrário, as referidas entidades extrapolam o ténue limite da legalidade, ensejando a incidência de sanções administrativas e civis (2007, p. 210).

Na realidade, a legislação acolheu as disposições dos bancos de dados, legitimando-as para que sejam observadas de forma rigorosa. Para Bessa (2007, p. 211), o CDC, utilizando-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, buscou regulamentar o disposto no banco de dados, esclarecendo que, para que seja legal a sua utilização, determinações legais precisam ser cumpridas. Nesse contexto, o CDC relativizou dois princípios constitucionais, configurados na proteção à privacidade e à honra, em nome do bem estar de toda a sociedade, não sendo permitidas limitações diante de ilegalidades.

Referem Badin et al. (2007, p. 18) que a utilização dos bancos de dados e dos órgãos de restrição ao crédito sustenta-se sob duas perspectivas: primeiramente, a partir de sua importância para a sociedade em geral e para a economia do país; e, também, para que o crédito seja concedido de maneira consciente, contribuindo para que possa existir uma aproximação entre fornecedor e consumidor. Entretanto, tais órgãos devem seguir, de forma criteriosa e rigorosa as disposições estabelecidas pela legislação consumeristas, sob pena de serem consideradas ilegais e passíveis de sanções administrativas e civis, uma vez que a divulgação de informações incorretas viola os direitos do consumidor.

²⁹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

Na sociedade de consumo atual, os sistemas de proteção ao crédito exercem importante papel no desenvolvimento das relações de consumo, sendo uma ferramenta muito utilizada pelos fornecedores, para verificar a idoneidade financeira do seu cliente. Segundo refere Saad et al. (2006, p. 56), é através desses sistemas que fornecedores avaliam, antes de terminarem a transação comercial, se o consumidor está inadimplente com algum outro estabelecimento comercial. Ou seja, a eles se dirigem os fornecedores para obter informações sobre a idoneidade econômica financeira de sua clientela. Essas informações, com raras exceções, abrem o caminho, ou o fecham, para a concretização de uma relação de consumo.

Logo, o que importa é que as informações de que dispõem os órgãos de proteção ao crédito, sejam repassadas de maneira correta, clara e precisa que não resulte em prejuízo do consumidor.

3.3 Aspectos do superendividamento do consumidor e o CDC

O endividamento do consumidor demonstra sua relação com a sociedade que se formou no decorrer dos tempos, em razão do tipo de economia que se alastrou pela sociedade e que estimula e prioriza o consumo.

De acordo com Ragazzi (2010, p. 11), o desenvolvimento econômico, em sua acelerada industrialização e sofisticação tecnológica, somado à grande e concentração da atividade empresarial e de capitais, constitui fator decisivo na formação da sociedade de consumo de massa. No entanto, a lógica de funcionamento dessa sociedade traz reflexos e disfunções no mercado, que, além de lesões em alta escala aos consumidores, desafia a necessidade imediata de sua defesa. O Código Civil brasileiro de 2002 sustenta a tese da premência de se pensar seriamente, sobre superendividamento, uma vez que ao unificar as obrigações civis e comerciais, criando a figura do empresário, deixa ao direito do consumidor, a proteção do contratante mais fraco nas relações civil-consumidor e comerciante-fornecedor.

Expõe Costa (2006, p. 258) que a questão do superendividamento do consumidor brasileiro assume posição de destaque que exige discussão, uma vez que há um momento em que a facilidade do acesso ao crédito está em plena eclosão no país.

Nesse sentido, frisa Consalter que, nos dias de hoje,

[...] o excesso de oferta de crédito fácil e rápido é muito intenso e ostensivo que o consumidor precisa travar três diferentes batalhas: a primeira, contra si mesmo e seu desejo de “ter”; a segunda, contra a avalanche virtual da publicidade via televisão, Internet, telefone, etc.; e, uma terceira, contra o ataque físico, quando, caminhando pelo centro da cidade, é incessantemente abordado por homens e mulheres de panfleto em punho (2002, p. 259).

Essa abundância de oferta de serviços aliada à publicidade intensa está internalizada na sociedade atual, contribuindo, sem dúvida, para o aumento do endividamento do consumidor. Nesse passo, Casado atribui o superendividamento às sociedades de massas, onde o consumo tem cada vez mais incentivo, por meio de publicidades agressivas, podendo gerar falsas necessidades. Ademais, existe a probabilidade de o superendividamento caracterizar-se como

[...] fruto de atos de credores que, rompendo com as justas expectativas dos devedores, cometem ilícitos no afã de obterem margens de lucro cada vez maiores. Até sob o prisma, revela-se claro que este fenômeno é característico da sociedade onde o consumo é constantemente valorizado, passando a pessoa humana a ser vista como algo com potencial de compra (2005, p. 131).

Em sendo valorizado, o consumo atrela-se à publicidade no sentido de se ter o potencial de compra cada vez mais considerado. Para Marques et. al., “a publicidade, à luz do CDC, pode ser entendida como toda informação difundida com o objetivo de promover a aquisição de um produto ou prestação de um serviço” (2006, p. 528). Nesse contexto, o artigo 37³⁰, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que é proibida a prática de propaganda abusiva e enganosa.

Vive-se, assim, em uma sociedade que prioriza o consumo, logo, o cidadão tem um potencial cujo valor mede-se pelo que compra e consome, por isso consumir torna-se imprescindível, mesmo de forma desmedida.

Conforme aduz Lopes (1996, p. 111), o endividamento revela um problema que traz em seu bojo, componentes sociais, morais e também psicológicos. Essa questão, do ponto de vista do direito, é tratada como um problema pessoal (moral, muitas vezes) cuja solução passa apenas pela execução simplesmente do devedor.

³⁰ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

Para Tolotti, endividar-se indica um componente psicológico que, logicamente, compõe-se

[...] por duas vertentes inseparáveis: de um lado, o aspecto financeiro que é objetivo e consciente; e de outro, o aspecto afetivo que é subjetivo e, geralmente, inconsciente. Assim, a motivação que leva um endividado a contrair constantemente dívidas é tanto consciente quanto inconsciente; é possível pressupor que não é apenas por falta de educação financeira que isso acontece, mas por algum impedimento psíquico (2007, p. 33).

Levando em consideração os termos atuais da sociedade consumidora, verifica-se que o mercado cresceu e se atualizou. Segundo Tolotti (2007, p. 34), para chegar a uma expansão total, que atingisse um maior número de consumidores, criaram-se linhas de créditos e outras facilidades que permitiram que os menos favorecidos financeiramente passassem a consumir.

Afirma Slomp que “quanto maior for o endividamento da população pela contratação de crédito, maior será o crescimento da inadimplência” (2008, p. 113). No entendimento de Costa, a “cultura do endividamento” está ligada ao crédito. Nessa perspectiva, em tempos de economia

[...] de endividamento, tudo se articula com o crédito. O crescimento econômico é condicionado por ele. O endividamento dos lares funciona como “meio de financiar a atividade econômica”. Segundo a cultura do endividamento, viver a crédito é um bom hábito de vida e conforto do mundo contemporâneo, o crédito não é um favor, mas um direito fácil (2007, p. 258).

Esse bom hábito de vida, de conforto, como direito de todos, ao ser buscado, pode, segundo refere Costa, ser fácil, porém é perigoso. “O consumidor endividado é uma engrenagem essencial, mais frágil da economia fundada sobre o crédito” (2007, p. 260).

A maneira mais utilizada de consumir é a que contempla as necessidades básicas de um ser humano, sendo essa a que dá impulso e motivação a todo o mercado de consumo. Para Marques e Cavallazzi (2006, p. 258), esse mercado ativo origina-se, exclusivamente, da conduta do consumidor que compra produtos ou contrata serviços em valores que extrapolam sua renda, podendo ficar insolvente. Nessa conduta se inserem os consumidores compulsivos ou também aqueles que se utilizam do crédito para sustentar uma forma de vida superior aos seus recursos.

O grande perigo desse tipo de oferecimento de benefícios é colocá-lo em pessoas mal informadas, mas desejosas de consumir. Conforme assinala Costa (2007, p. 261), esses consumidores têm grandes dificuldades de lidar com o sistema de créditos, por isso são facilmente enganados. Quando se oferecem grandes vantagens, sem o devido esclarecimento sobre a parte onerosa de qualquer tipo de contrato, pode configurar-se um procedimento desonesto para convencer o consumidor, sendo esse um problema que infelizmente só aumenta. Muitos consumidores assumem compromissos baseando na boa fé, mas acabam tendo grande problema, pois veem que lhes foi prejudicada a oferta que lhes havia sido feita. Esses fatos corroem um sistema que precisa rever os conceitos que aplica diante de tantas questões prejudiciais.

A falta de prevenção no que tange ao crédito, segundo afirma Slomp (2008, p. 123), comprova, também, a falta de informação ou reflexão no momento da compra pelo consumidor, que acaba atendendo aos anseios publicitários. Assim, firma contratos de empréstimo³¹, por impulso, sem observar as regras que dizem respeito a contrato do negócio jurídico que firmou, mesmo que não seja de maneira formal e escrita.

Tem-se, então, o contrato de crédito que, conforme Marques, é uma espécie de contrato pós-moderno, denominado pela doutrina como “cativo de longa duração”, tratando-se de

[...] de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores (2006, p. 91).

³¹Ementa: GRATUIDADE JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DA NECESSIDADE. RENDA. ENDIVIDAMENTO. CONCESSÃO. Percepção, pela pretendente do benefício, de pequena renda, em razão de vários descontos de empréstimos em folha de pagamento. Caso de endividamento significativo. Necessidade demonstrada. Concessão da gratuidade postulada. Art. 4º, Lei nº1060/50. Agravo provido. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, RE 70041159898, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, 2011).

O artigo 52³² do CDC estabelece que é dever dos fornecedores de crédito trazer informações precisas antes da contratação e de forma adequada. Esses esclarecimentos regulamentados pelo CDC devem sempre pautar as informações dos fornecedores de produtos e serviços, no sentido de que o consumidor tem o direito de saber o que está adquirindo e consumindo e de que forma isso vai se processar.

Segundo destaca Ragazzi (2010, p. 16), na verdade, até pouco tempo, o direito voltava-se tão somente às relações, consideradas de forma singular, surgindo apenas recentemente a preocupação com as relações de massa, que se multiplicaram de forma exorbitante entre consumidores e fornecedores, aliadas ao aparecimento da sociedade de massa.

Dessa forma, Marques refere que ocorre o endividamento, caracterizado na

[...] impossibilidade global do consumidor devedor, leigo e considerado de boa-fé, de quitar todos os seus débitos atuais e futuros de consumo. Este “estado” é considerado como um fenômeno social/jurídico, a necessitar algum tipo de solução a ser tomada pelo Direito do Consumidor (2005, p. 12).

Nesse contexto, o artigo 6º, V³³, menciona o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva, bem como os artigos 52 e 53³⁴ dispõem sobre o direito à informação, ao pagamento antecipado e devolução das quantias pagas.

Essa antecipação pode-se traduzir também no artigo 4º, III, do CDC, quando trata da harmonização dos interesses dos envolvidos nas relações de consumo, compatibilizando-se

³² Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento. § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996) § 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³³ Art. 6º [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³⁴ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. [...] § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. § 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

com a proteção do consumidor. Firma-se, então, conforme aduz Marques (2005, p. 13), a cooperação do parceiro-fornecedor para a readaptação do contrato e sua manutenção.

Marques (2005, p. 14) afirma que o consumidor, conforme o sistema do CDC, em seu artigo 53, tem o direito, configurado de material, de devolução razoável das parcelas pagas, bem como, no artigo 54 § 2º³⁵ de escolher continuar a relação ou rescindir. Ademais tem o direito de requerer ao juiz que modifique as cláusulas excessivamente onerosas por fatos supervenientes, segundo estabelece o artigo 6º, V³⁶, e o sistema que determina a continuação dos contratos, consoante expressa o artigo 51, § 2º³⁷. Já o texto do artigo 75³⁸, também do CDC concorre para que o consumidor tenha o direito de propor a ação de rescisão e restituição das importâncias pagas ainda que inadimplente.

O direito do consumidor, assim, tem sua sustentação no direito brasileiro, a partir do Código de Defesa do Consumidor, que insere em seu texto a observância de considerar a existência do dever de renegociação a favor do consumidor.

³⁵ Art. 54. [...] § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³⁶ Art. 6º [...] - V a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...] (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³⁷ Art. 51. [...] § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

³⁸ Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas (BRASIL, Lei nº. 8.078/90, 2013).

CONCLUSÃO

Partindo do que se propôs, este estudo buscou verificar quais os aspectos que se somam para que a prática do consumo concorra para o superendividamento, bem como o direito do consumidor, leigo e de boa fé, pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva.

Nesse sentido, observou, inicialmente, em sentido simples e amplo, que o consumidor é o cidadão que consome, sendo considerado a parte fundamental em uma relação de consumo. A partir da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, do Código de Defesa do Consumidor, há uma legalização desse conceito, quando estabelece que consumidor é aquela pessoa física ou jurídica que compra ou utiliza produto ou serviço.

Por sua vez, o fornecedor abrange muito mais sujeitos que a definição de consumidor, visto que envolve o fabricante, o intermediário, o comerciante, que assumem posição de fornecedores quando se tratam de colocar produtos no mercado. O CDC define o fornecedor como aquela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira que desenvolve atividades produtivas.

Enquadra-se, assim, o sujeito como fornecedor, quando se envolve em uma relação de consumo com o consumidor, inclusive quando diz respeito a atividades que têm fim bancário, financeiro, de crédito e securitária.

Verificou também esta pesquisa que, como parte essencial da sociedade, o consumo, norteia-se pelas relações entre consumidor e fornecedor, em interação, pautada por uma dinâmica de interesses de quem dispõe bens e serviços e de quem compra, quando pretende ter atendidas suas necessidades.

Nesse tom, também se alarga a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos, com fim de atrair cada vez mais consumidores. Cria-se, assim, o consumo de massa para uma sociedade de massa. Em decorrência, esse crescimento de consumo gera relações sociais, econômicas e jurídicas que contribuem para que modificações nas relações de consumo se processem como reação ao grande avanço, deixando o consumidor desprotegido diante de situações oriundas do desenvolvimento. Assim, a proteção do consumidor demonstra-se como um desafio da sociedade e do direito.

A defesa do consumidor, citada na Constituição Federal de 1988, busca restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, que se mostra pelo desencontro entre o social e o jurídico, sendo referido no CDC. Na verdade, isso se fez necessário diante da vulnerabilidade do consumidor, com posição em desvantagem técnica e jurídica diante do fornecedor. Surge, então, uma nova concepção de contrato a partir dos efeitos sociais que vai produzir e da situação econômica e jurídica das partes que dele fazem parte.

Dessa forma, este estudo verificou que o contrato norteia-se, basicamente, pela manifestação da vontade humana quando se trata de celebrar um determinado negócio. Como um negócio jurídico bilateral firmado no consentimento em conformidade com a ordem legal, tem como fim precípua adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

O contrato, atualmente, além de um instrumento de composição de interesses particulares, é, principalmente, um instrumento propulsor da economia, sendo o veículo de circulação da riqueza e de interesse de toda a sociedade. Cumpre a sua função social não apenas quando coíbe a desigualdade entre as partes contratantes, mas, também, quando consegue estabelecer uma relação harmoniosa entre o interesse dos indivíduos contratantes e o interesse da coletividade.

Nesse sentido, há o entendimento da relevância da proteção da confiança e do papel que esta desempenha no campo dos contratos para o devido respaldo na busca de uma justiça contratual do ponto de vista material, pautada por equivalência de prestações e na boa fé dos contratantes, sempre procurando a solução mais justa e igual para o caso concreto.

Viu ainda esta pesquisa que o superendividamento traduz-se na impossibilidade do consumidor realizar o pagamento de suas dívidas, em razão do montante devido superar o valor que tange ao seu salário e patrimônio. Esse consumidor é o de boa fé que demonstra o propósito de pagar suas dívidas, mas deixa de fazê-lo por motivo imprevisto e alheio à sua vontade.

O endividamento do consumidor demonstra sua relação com a sociedade a partir do tipo de economia que sustenta, estimula e prioriza o consumo de massa. O desenvolvimento econômico, aliado à grande concentração da atividade empresarial e de capitais, constitui fator decisivo na formação da sociedade que consome. Entretanto, a lógica de funcionamento dessa sociedade traz reflexos e disfunções no mercado, que, além de lesões em alta escala aos consumidores, desafia a necessidade imediata de sua defesa. Por sua vez, o Código Civil de

2002 sustenta a tese da premência de se pensar seriamente, no Brasil, sobre superendividamento, uma vez que ao unificar as obrigações civis e comerciais, criando a figura do empresário, deixa ao direito do consumidor, a proteção do contratante mais fraco nas relações civil-consumidor e comerciante-fornecedor.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º menciona o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em situação de onerosidade excessiva, aliado pelo que estabelecem os artigos 52 e 53, quando dispõem sobre o direito à informação, ao pagamento antecipado e devolução das quantias pagas.

Essa antecipação sustenta-se a partir do que refere o artigo 4º, do CDC, quando trata da harmonização dos interesses dos envolvidos nas relações de consumo, compatibilizando-se com a proteção do consumidor, podendo-se firmar a partir de então a cooperação do parceiro-fornecedor para a readaptação do contrato e sua manutenção.

Do exposto se traduz que o consumidor superendividado, leigo e de boa fé, pode pedir a modificação de contrato, em situação de onerosidade excessiva. Quando se oferecem grandes vantagens, sem o devido esclarecimento sobre a parte onerosa de qualquer tipo de contrato, pode se configurar um procedimento desonesto para convencer o consumidor. Muitos consumidores assumem compromissos baseando na boa fé, mas acabam tendo grande problema, pois veem que lhes foi prejudicada a oferta que lhes havia sido feita.

Dessa feita, conseguiu-se chegar a algumas conclusões que, no entanto, não esgotam este tema, pois não são definitivas, uma vez que o direito, com suas leis, normas e princípios está sempre em transformação, diante dos avanços que fazem parte da legislação que assegura os direitos do consumidor e da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **Manual do direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMORIM, Eduardo Antonio Andrade. O superendividamento do consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2658, 11 out. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17597>>. Acesso em: 19 out. 2013.

BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 61, p. 11-39, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, RT, n. 63, p. 202-230, 2007.

BOLADE, Geisianne Aparecida. O superendividamento do consumidor como um problema jurídico-social. ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano III, n. 8, p. 180-209, jul/dez. 2012.

BONATTO, Cláudio. **Código de defesa do consumidor**: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, RT, São Paulo, n. 12, p. 169-205, out./dez., 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. **Novo Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. In: AJURIS, n. 33, mar. 1985. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 11, n. 18.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, RT, n. 33, p. 130-142, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COSTA, Judith Hofmeister Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O direito privado como “um sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 129-153, 2002.

COSTA, Judith Hofmeister Martins . Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, RT, São Paulo, n. 3. set/dez. São Paulo, 1992.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA, Geraldo de Farias Martins. **Superendividamento: solidariedade e boa-fé: direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2007.

_____. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão, São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor**, p. 258, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2007.

ELESBÃO, Elsitá Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FILOMENO, José Geraldo de Britto. Dos direitos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GARCIA, Izner Hanna Garcia. **Revisão dos contratos no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

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

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direitos reais**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS, Antônio Hernan; FINK, Daniel; FILOMENO, José et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, RT, n. 45, São Paulo, jan./mar. 2003.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos da imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, RT, v. 17, n. 65-113, jan./mar., 2008.

LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, n. 129/111, jan./ mar. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **Regular Sobreendividamento**. 2000. Disponível em: < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacaoeventos/anexos/prof-doutora-maria> > Acesso em: 15 out. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

RETTMAN, Solange. Do consumidor equiparado a bystander. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 88, 20 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=438>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. – dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; BRANCO, Ana Maria Saad. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada**: lei n. 8.078/90. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SERASA. Disponível em: <<http://www.cadastropositivoserasa.com.br/.../o-que-e.html> >. Acesso em: 16 out. 2013.

SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Disponível em: < <http://www.renic.com.br> >. Acesso em: 16 out. 2013.

SLOMP, Jerusa Zanandrea Formolo. Endividamento e consumo. **Revista das Relações de Consumo a ser publicada na Semana do Consumidor**. 2008. Caxias do Sul. Disponível em: <<http://www.caxias.rs.gov.br/procon/site>>. Acesso em: 16 out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLOTTI, Márcia. **As armadilhas do consumo**: acabe com o endividamento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.