

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA  
FRANCELIZE ALVES MÖRKING**

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR  
SUPERENDIVIDADO E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

**CURITIBA  
2015**

**FRANCELIZE ALVES MÖRKING**

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR  
SUPERENDIVIDADO E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação  
Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e  
Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil  
– UNIBRASIL, como requisito parcial à obtenção do título  
de Mestre.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rosalice Fidalgo Pinheiro

**CURITIBA**

**2015**

*A Deus por derramar sobre mim suas bênçãos..*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela inspiração e concretização deste trabalho.

Aos colegas do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UNIBRASIL, pela amizade e companheirismo, pois tornaram a jornada mais interessante.

Aos professores doutores do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UNIBRASIL, pela capacidade de transmitirem seus conhecimentos, pelo convívio e pelo incentivo.

A minha família, pelo amor e compreensão dos momentos roubados de sua convivência.

Em especial, a minha orientadora professora Doutora Rosalice Fidalgo Pinheiro, pelo incentivo, amizade, paciência e, principalmente, por nunca desistir de mim. Sem seu apoio e zelo eu não conseguiria.

*“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”*

Simone de Beauvoir

## RESUMO

A Sociedade Contemporânea presencia o fenômeno do superendividamento de parcela considerável de cidadãos o que se coloca em confronto com as condições mínimas de sobrevivência. Nesse cenário, observa-se que a legislação brasileira, e, notadamente, o Código de Defesa do Consumidor, ainda não se manifestam sobre essa possibilidade da maneira adequada e, portanto, faz-se necessário estudar mecanismos legais que protejam os consumidores superendividados, tanto de maneira preventiva quanto reparatória. Nesse sentido, o objeto da presente pesquisa é abordar as relações entre o mínimo existencial na tutela do consumidor superendividado, assim como a proteção dos direitos fundamentais do consumidor, a partir do projeto de lei 283/2012. Além disso, o trabalho tem como objetivos (i) analisar os direitos do consumidor como Direitos Fundamentais e sua eficácia nas relações privadas, notadamente, nos contratos de consumo; (ii) compreender os fundamentos e conceitos envolvidos nas concepções do mínimo existencial e sua receptividade no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) abordar os referenciais teóricos do (super)endividamento para evidenciar a lacuna presente na legislação pátria; (iv) questionar o que é o mínimo existencial na tutela do consumidor superendividado, analisando o tema em face do direito comparado (direito francês) e da análise da jurisprudência dos tribunais superiores. A metodologia aplicada neste trabalho foi a de uma pesquisa teórica descritiva que utilizará como método de procedimento o bibliográfico e como método de análise o categórico dedutivo. Os resultados alcançados com a presente pesquisa indicam a necessidade de uma proteção aos direitos do consumidor, sua caracterização enquanto Direitos Fundamentais e, além disso, que o projeto de lei n.º 283/2012 possui maneiras de frear os abusos e armadilhas dos contratos de crédito, assim como as possibilidades de consumo que aprisionem os consumidores em dívidas impagáveis (o caso do superendividamento), uma vez que cria mecanismos para proteger o consumidor, educa-lo para formas de consumo consciente, coibir o assédio de consumo, além do que, tutela a preservação do mínimo existencial como condição para que o consumidor possa ter condições dignas de vida dentro da sociedade.

**Palavras-chave:** superendividamento; contrato; consumidor; direitos fundamentais;

## ABSTRACT

The Contemporary Society notes the phenomenon of indebtedness of the considerable portion of citizens what confronts with the minimum conditions for survival. In this scenario, it is observed that Brazilian law, and, notably, the Consumer Protection Code, doesn't manifest on this possibility in the proper way and therefore it is necessary to study legal mechanisms to protect over-indebted consumers both of preventive and remedial way. Hereupon, the object of this research is to address the relationship between the existential minimum in over-indebted consumer protection and the protection of basic consumer rights, in accordance with Bill n.º 283/2012. In addition, the study aims to (i) analyze the consumer's rights as fundamental rights and their effectiveness in private affairs, notably in consumer contracts; (ii) understand the fundamentals and concepts wrapped in the conceptions of existential minimum and its reception in the Brazilian legal system; (iii) address the theoretical references the (super)debt to highlight this gap in the Brazilian legislation; (iv) question what is the existential minimum in (over)indebted consumer protection, analyzing the subject in view of comparative law (French law) and analysis the jurisprudence of the higher courts. The methodology used in this study was a descriptive theoretical research, using bibliographic method of procedure and categorical deductive as analysis method. The results achieved through this research indicate the need for protection of consumer rights, their characterization as fundamental rights and, moreover, that the Bill No 283/2012 has ways to curb abuses and pitfalls of contracts credit, as well as the consumption possibilities that entrap consumers unpayable debts (the case of over-indebtedness), since it creates mechanisms to protect consumers, educates to forms of conscious consumption, curb harassment consumption, besides, oversees the preservation of the existential minimum as a condition for the consumer to have decent living conditions within society.

**Keywords:** over-indebtedness; contract; consumer; fundamental rights;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
<b>1 O CONTRATO DE CONSUMO COMO “PONTO DE ENCONTRO” DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1 A defesa do consumidor como Direito Fundamental .....	12
1.2 A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas .....	18
1.2.1 Teoria da Eficácia Direta .....	24
1.2.2 Teoria da Eficácia Indireta .....	34
1.2.3 Teoria dos deveres de proteção.....	40
1.3 A eficácia dos Direitos Fundamentais nos contratos de consumo .....	46
<b>2 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....</b>	<b>53</b>
2.1 Fundamentos da Teoria do Mínimo Existencial.....	53
2.2 Contornos do Direito ao Mínimo Existencial.....	61
2.2.1 Conceito de Mínimo Existencial.....	61
2.2.2 A recepção do Mínimo Existencial no Direito Brasileiro.....	64
2.3 O Direito ao mínimo existencial nos Contratos de Consumo.....	68
<b>3. O SUPERENDIVIDAMENTO NOS CONTRATOS DE CONSUMO .....</b>	<b>75</b>
3.1 Do individualismo proprietário ao individualismo de massa: perspectivas do superendividamento.....	75
3.2 Aspectos conceituais do superendividamento.....	95
3.2.1 Considerações históricas sobre o (super)endividamento.....	95
3.2.2 Conceito de Superendividamento.....	100
3.2.3 Superendividamento Ativo.....	103
3.2.4 Superendividamento Passivo.....	104
<b>4 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO .....</b>	<b>106</b>
4.1 A experiência do Direito Comparado na prevenção e proteção contra o superendividamento.....	106
4.2 O projeto de Lei n.º 283/2012: a proteção contra o superendividamento no Brasil.....	110
4.3 A tutela jurisprudencial do Mínimo Existencial do consumidor superendividado.....	118
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>124</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>127</b>

## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pelo consumo e aquisição de bens e serviços, ao mesmo tempo em que se vislumbra o superendividamento de parcela considerável de cidadãos. Nesse cenário, observa-se que a legislação brasileira, e, notadamente, o Código de Defesa do Consumidor, ainda não se manifestam sobre essa possibilidade da maneira adequada.

Apesar da lacuna sobre a proteção do consumidor superendividado e das consequências nefastas para sua sobrevivência digna, o projeto de Lei do Senado Federal nº 283/2012 procura aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Em correspondência à legislação estrangeira já consolidada sobre a matéria, este projeto faz referência ao mínimo existencial na proteção do consumidor superendividado. Trata-se de um conceito que já ocupa a doutrina e a jurisprudência brasileiras. A perspectiva do mínimo existencial é construída com base na teoria de Ricardo Lobo Torres, ao que se soma a contribuição de Cláudia Lima Marques ao conceito de superendividamento.

A bandeira dos direitos fundamentais sinaliza esta vontade política de aumento e consolidação de direitos aos cidadãos, inserindo-se nessa cartilha o debate sobre o superendividamento e as perversidades presentes em sua lógica de funcionamento e permanência.

O Estado de Direito não se apresenta apenas como uma forma jurídica fundamentada estritamente na hierarquia das leis, mas pretende a construção e a efetivação de um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada época e tradição. É isto que se observa quando da análise dos direitos relacionados aos devedores superendividados e a necessidade de uma resposta por parte do Estado, no sentido de proteger o cidadão e garantir o mínimo de condições de sua existência.

Em uma sociedade pautada pelo modo de produção capitalista de cunho global, regulada por uma lei de mercado, não é difícil de compreender que aqueles que não alcançam a categoria de consumidores sejam excluídos, assim como,

aqueles que não conseguem manter seu potencial de crédito, marginalizados em sua condição de superendividados.

Construído este cenário, o objeto da presente pesquisa é abordar as relações entre o mínimo existencial na tutela do consumidor superendividado, assim como a proteção dos direitos fundamentais do consumidor, a partir do projeto de lei 283/2012.

Assim, o trabalho tem como objetivos (i) analisar os direitos do consumidor como Direitos Fundamentais e sua eficácia nas relações privadas, notadamente, nos contratos de consumo; (ii) compreender os fundamentos e conceitos envolvidos nas concepções do mínimo existencial e sua receptividade no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) abordar os referenciais teóricos do (super)endividamento para evidenciar a lacuna presente na legislação pátria; (iv) questionar o que é o mínimo existencial na tutela do consumidor superendividado, analisando o tema em face do direito comparado (direito francês) e da análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

A metodologia aplicada neste trabalho foi a de uma pesquisa teórica descritiva que utilizará como método de procedimento o bibliográfico e como método de análise o categórico dedutivo.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho, procura-se abordar os aspectos relacionados ao contrato de consumo “ponto de encontro” dos direitos fundamentais, partindo da premissa da defesa do consumidor como um direito fundamental. Para a melhor compreensão do tema, procura-se abordar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e as principais teorias que tratam desta questão, procurando fomentar a discussão em torno da eficácia frente aos contratos de consumo. No segundo capítulo, intenta-se trabalhar com os fundamentos e os conceitos do mínimo existencial, sua aplicabilidade no Ordenamento jurídico brasileiro e sua correlação com os direitos fundamentais e os contratos de consumo.

O tema apresentado no terceiro capítulo diz respeito ao superendividamento nos contratos de consumo, momento em que se versa sobre a transição entre duas categorias extremamente importantes, a dizer: o individualismo proprietário e o individualismo de massa, em busca das perspectivas do superendividamento. Ademais, o capítulo ocupa-se em conceituar os limites do superendividamento e análise das potenciais lacunas presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, procura-se abordar as possibilidades do Direito ao mínimo existencial do consumidor superendividado, a partir da comparação com o direito francês no que tange a proteção e prevenção do superendividamento, assim como a análise do projeto de Lei n.º 283/2012 e a compreensão que a jurisprudência tem alcançado frente ao tema.

## **1 O CONTRATO DE CONSUMO COMO “PONTO DE ENCONTRO” DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Refletir sobre o contrato de consumo como “ponto de encontro” de direitos fundamentais decorre de um conjunto de mudanças significativas que a matéria, tradicionalmente civilista, alcançou a partir do último século. Nesse sentido, o que se observa é que a legislação brasileira ao disciplinar os contratos de crédito, não conseguiu acompanhar a realidade social do consumo, assim como as consequências deste, do que se destaca, como análise deste trabalho, o superendividamento.

Tal preocupação decorre do presente contexto, no qual o consumidor é enredado pelas facilidades de contratação de crédito e, ao mesmo tempo, pela possibilidade de concretização de aquisição de bens e serviços, o que, em muitos casos, vem se traduzindo como um cenário de endividamento excessivo e no risco da falência pessoal do consumidor, razões pelas quais, torna-se extremamente importante a o estudo dos contratos e as perspectivas para o contrato de consumo.

Assim, para aprimorar o conhecimento sobre a necessária proteção do consumidor (super)endividado, procura-se investigar a defesa do consumidor como Direito Fundamental. Para tanto, intenta-se aprofundar o estudo sobre o plano da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, avaliando as possibilidades de eficácia direta e indireta, além da teoria dos deveres de proteção. Por fim, avaliar a eficácia dos Direitos Fundamentais especificamente nos contratos de consumo.

### **1.1 A defesa do consumidor como Direito Fundamental**

O Código de Defesa do Consumidor - CDC tornou-se o marco significativo das transformações por que vem passando o direito contratual brasileiro. Essa

compreensão pode ser extraída a partir da compreensão da função social dos contratos, que subtraiu do contrato “os contornos individualistas de uma igualdade tão somente formal, para assentá-lo em uma igualdade substancial. Nesses termos, a liberdade contratual não se justifica quando atentar contra os valores de justiça.”<sup>9</sup>

Porém, antes disso, é salutar lembrar que a construção da lógica contratual moderna amparava-se na concepção do contratualismo, na qual o Estado e a sociedade eram esferas autônomas e distintas, ocasionando a separação entre a política e a economia, sendo que qualquer interferência somente se justificaria como limitação para a ordem pública.

Oportuna a lição de Sombra, sobre a fronteira entre o público e o privado:

a miragem exegética identificada na completude do Código Civil, corporificada pelo isolamento entre direito público e direito privado, preconizou durante longo período que a destinação das normas constitucionais circunscrevia-se ao Estado e, por via de consequência, à legislação ordinária incumbiria a tarefa de disciplinar as relações privadas, por intermédio do Código Civil.<sup>10</sup>

Schmidt Neto complementa a lição ao relatar que

a ideia de que o Código Civil seria uma ‘Constituição da vida privada’, típica de um sistema fechado que só admite a aplicação das regras sem a influência dos princípios, comum nos pensamentos liberais, hoje resta superada. Há uma fragmentação do Direito Privado que passa de um sistema monolítico, focado no CC, para um polissistema ou plurissistema. A chamada era dos estatutos.<sup>11</sup>

A intangibilidade do conteúdo do contrato, um dos alicerces da teoria clássica, não mais desfruta do *status* de princípio ordenador da disciplina contratual<sup>12</sup>, o que faz sentir no âmbito dos contratos entre consumidores e

<sup>9</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.

<sup>10</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 67

<sup>11</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento*: do código de defesa do consumidor ao código civil. Curitiba: Juruá, 2012. p. 421.

<sup>12</sup> Neste sentido, Pinheiro defende que “no século XX, a produção em massa e a concentração de capital exigiram o redesenho das relações entre Estado e sociedade. Com vistas a eliminar a tensão provocada entre capital e trabalho, promove-se a intervenção do Estado em duas direções: econômica, corrigindo os desvios do mercado, e social, integrando os excluídos no tecido social” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

fornecedores, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC, assim como, ainda que em menor medida, no Código Civil.<sup>13</sup>

Observa-se uma mudança significativa produzida pelas políticas do *Welfare State*, que inscrevem os direitos fundamentais e sociais nas agendas políticas nacionais e, por conseguinte, nas Constituições. Sombra destaca que

os princípios e valores superiores propugnados pela Constituição passam a estar presentes em todos os 'recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado'. A unidade do ordenamento, assim como a máxima efetividade de suas normas, restam, pois, intrinsecamente vinculadas à fundamentalidade e supremacia da norma constitucional, que, ao confluir para todos os locais do ordenamento jurídico, influi decisivamente para estreitar e modificar a interação entre público e privado.<sup>14</sup>

Com as crises do modelo de Estado social, os novos direitos mostram-se frágeis e questionam as bases democráticas do Estado. O resultado dessas pressões entre a sociedade e os grupos que se alternam no poder, provocaram oscilações políticas e sociais que repercutiram em diversos temas da vida contemporânea, dentre os quais, o direito civil e, mais especificamente, o contrato que sofreu a influência da fundamentalidade e da supremacia da norma constitucional.

Esta compreensão está presente em Sombra, para quem

o contrato conquista o posto de instrumento de realização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, à medida que a promoção da liberdade contratual, em consonância com os ditames do Estado Social, permeia a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e, a *fortiori*, a promoção do próprio princípio da liberdade.<sup>16</sup>

Tendo em vista a importância frisada por Sombra e pela confluência destes princípios expressos, dentre outras possibilidades, pelas relações de consumo é que

---

<sup>13</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 299.

<sup>14</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 70.

<sup>16</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 72.

se torna relevante a análise dos direitos do consumidor enquanto Direito Fundamental.

Isto decorre do exposto no art. 5 da Constituição Federal, em seu inciso XXXII, ao proferir que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”. O constituinte eleva a proteção do consumidor à esfera constitucional, inserindo-a entre os direitos fundamentais. Na mesma linha, cabe lembrar também da inserção da defesa do consumidor presente no art. 170, V da Constituição, que versa sobre a Ordem econômica e financeira:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
V - defesa do consumidor;

A inserção da defesa do consumidor, tanto no rol dos Direitos Fundamentais do artigo 5.º quanto na política da ordem econômica, demonstram a interconexão do tema e a preocupação do Estado com relação às formas de consumo e as consequências, tanto para o cidadão quanto para o mercado.

Assim, quando a Lei n.º 8.078/90, entra em vigor, dispendo sobre a proteção do consumidor, ela exprime aquela vocação de Direito Fundamental. Portanto, é no CDC que os institutos até então confinados às práticas jurisprudenciais isoladas e a leis esparsas obtiveram, de uma forma sistemática, ampla positivação legislativa: é o caso do instituto da lesão e da onerosidade excessiva (art. 6, V, art. 39, e art. 51, IV, do CDC), em um movimento que culmina em elevar a boa-fé, na sua acepção objetiva de norma de conduta a princípio geral (art. 51, do CDC).

Mais que isso, o Código de Defesa do Consumidor expressa, no art. 4º em seus incisos I e II, o mesmo sentido:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:  
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - *ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:*  
[...]

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;(grifo nosso).

Oportuno enfatizar que a boa-fé não se reduz a um estado de ignorância escusável do agente, antes, a cláusula geral da boa-fé é instrumento de controle da substancia do contrato (e não apenas do comportamento dos contratantes).<sup>17</sup>

Negreiros lembra que o Código Civil de 1916 não demonstrava a preocupação em diferenciar contratos conforme fatores como diferenças socioeconômicas, como por exemplo, a condição de idade, de saúde, de trabalho ou econômica, ou seja, não representavam nenhuma relevância jurídico-contratual.<sup>18</sup> A insuficiência dos direitos fundamentais tão somente nas relações entre Estado e cidadão provoca a necessidade da Constituição “voltar-se contra os atentados praticados pelos poderes privados a esses direitos. Especialmente, quando está em jogo a vulnerabilidade dos grupos sociais.”<sup>19</sup>

Por sua vez, conforme citado acima, o Código de Defesa do Consumidor procurou trabalhar a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais, conforme se observa no artigo 4.º I, do CDC, e, portanto, não se pode mais ignorar as características dos contratantes que determinam a sua melhor ou pior condição de barganha contratual. Negreiros aponta esse sistema de proteção de defesa fundado sobre a premissa de que é justo que o contratante vulnerável seja legalmente fortalecido frente à disparidade de poder negocial que o distancia do outro contratante, o que, certamente, constitui uma quebra da unidade e do formalismo da teoria contratual clássica.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 300.

<sup>18</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 304.

<sup>19</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44.

<sup>20</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 305.

Em decorrência da vocação expansionista do CDC, os mecanismos de proteção são estendidos a todos os contratos que apresentam desequilíbrio de forças entre contratantes, ou seja, sob o ponto de vista civil-constitucional, a lógica protecionista se irradia por sobre a teoria contratual como um todo, produzindo importantes efeitos no que toca às classificações das várias espécies de contrato.<sup>21</sup>

Schmidt Neto, nesse sentido, assinala que

disso também trata a constitucionalização, o Direito Privado, ou seja, restabelecer a igualdade material – ou ‘igualdade substancial’ - , mesmo em relações originalmente entre iguais, quando, na prática, uma das partes tem sua dignidade a perigo. Ou seja, supera-se a *égalité* da revolução francesa vinculada tão somente à *liberté*, passando-se à leitura da igualdade conjunta ao ideal de *fraternité*, princípio esquecido no pós-revolução.<sup>22</sup>

Por certo que essa transição provoca uma nova função do contrato, não meramente privada, mas que transita pelos espaços da Constituição e, por consequência, da realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, a partir da emergência do sistema de proteção ao consumidor, o papel social desempenhado pelo contratante passa a se configurar como um fator decisivo na discriminação do contrato respectivo.

A legislação de proteção ao consumidor conduz ao reconhecimento de que a análise de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviço, por exemplo, será profundamente diversa conforme seja o comprador consumidor ou não-consumidor.<sup>23</sup>

Schmidt Neto, assinala que

A constituição não visa proteger o consumidor somente, mas sim proteger aquele que está em situação de debilidade. Por isso, desde logo, tratou de proteger de plano os consumidores, vistos vulneráveis, por natureza. Entretanto, isto não afasta a possibilidade de se proteger quem não seja assim caracterizado e se encontre em posição mais frágil.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p.309.

<sup>22</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 424.

<sup>23</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p.311.

<sup>24</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 424.

Neste sentido, é notável a evolução da matéria, principalmente quando avaliada a tangibilidade dos contratos e pela dimensão de justiça contratual substancial, que não poderiam ser pensadas à luz contratualista clássica.

Assim, ainda em Schmidt Neto, observa-se que

É possível entender que a condição de impossibilidade econômica de adimplir as dívidas, em que se encontra o falido, coloca-o em posição de inferioridade capaz de permitir que ele as cumpra de maneira diversa da contratada, adequando sua prestação à sua realidade. Atender-se-ia à isonomia substancial fazendo um exercício de diálogo das fontes entre as leis civis que regulam o contrato entre particulares e os princípios constitucionais fundamentais, bem como os princípios do direito do consumidor, no intuito de flexibilizar o cumprimento da prestação pelo superendividado.<sup>25</sup>

Portanto, conclui-se que a possibilidade de avaliação dos contratos a luz da Constituição se torna extremamente importante para a consolidação de posturas democráticas que procurem diminuir as desigualdades socioeconômicas, por meio da proteção constitucional dos mais vulneráveis, possibilitando a maior harmonia social.

## 1.2 A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Privadas

Para além da discussão em relação ao ponto de encontro entre o Direito Privado e os Direitos fundamentais, é importante realizar a avaliação da eficácia proveniente dessa proximidade, uma vez que o principal espaço de luta nos últimos séculos foi justamente o de luta pela substancialidade e a eficácia dos direitos no plano concreto da vida humana.

Sarlet, nesse sentido, ensina que

o termo 'eficácia' engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 424.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

No que tange ao Direito Privado, observa-se uma transição considerável da “não eficácia” do século XVIII, permeado por uma visão tradicional e contratualista de sociedade, para a eficácia do final do século XX e início do século XXI, de uma visão do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais.

A persecução dos direitos fundamentais se ampara na relação entre o Estado e os cidadãos. O Direito Privado, tradicionalmente, se coloca em outra linha de avaliação, justamente pela sua característica de preservação da autonomia privada.<sup>27</sup> Na visão do século XVIII, como sinaliza Pinheiro, os direitos fundamentais não devem alcançar as relações privadas, sob o argumento de que os interesses e benefícios aos particulares podem ser alcançados pelos “instrumentos da civilística clássica.”<sup>28</sup>

Os fundamentos para a advertência civilística possuem como pano de fundo a ideologia liberal e seu corolário, principalmente em virtude das lutas sociais do século XVIII. Assim, identifica-se o temor pelo enfraquecimento da autonomia privada e a conseqüente perda da identidade do Direito Privado, em decorrência das quais se vislumbrou a hipertrofia do poder dos juízes e o enfraquecimento dos legisladores. Mais que isso, tais críticas representam o temor de que a “incidência do direito de igualdade nas relações privadas converteria os direitos fundamentais em vinculações a deveres sociais.”<sup>29</sup>

Em certa medida, o que se pode afirmar é que a força dos direitos fundamentais na Carta Constitucional depende de outro direito essencial e fundante do Estado de Direito, qual seja, o direito e o *reconhecimento do direito* a igualdade substancial. Nesse sentido a Constituição deixou de se limitar à determinação dos limites de atuação dos poderes estatais perante a liberdade individual.<sup>30</sup>

Sombra, neste aspecto, compreende que

---

<sup>27</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

<sup>28</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

<sup>29</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56.

<sup>30</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 57.

embora a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possua um amplo âmbito de configuração nas relações *inter privados*, é nas relações contratuais que ela revela suas maiores controvérsias, afinal, ambos os contratantes também são titulares de direitos fundamentais.<sup>31</sup>

No ordenamento jurídico norte-americano observa-se um instituto que merece nota pela possibilidade de análise dos obstáculos a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, qual seja, a *state action* que procura defender a ideia de que os direitos fundamentais impõem limitações tão somente aos poderes públicos, uma vez que, “invoca-se não apenas a inviolabilidade da autonomia privada, mas do pacto federativo, sustentando-se que a *state action* impede as cortes federais de intervirem na autonomia dos Estados, sob o pretexto de aplicar a Constituição às relações privadas.”<sup>32</sup>

A Suprema Corte acolheu em 1883 pela primeira vez a *state action* nos *Civil Rights Cases*, sobre a discriminação racial cometida contra negros, proibindo-lhes o acesso a hotéis, restaurantes e trens. Os argumentos, naquela ocasião foram no seguinte sentido:

converte-se em regra a premissa segundo o qual os direitos fundamentais vinculam tão somente o poder público, excluindo-se os particulares, e que o legislador federal não tem competência para editar normas que tutelem direitos fundamentais em relações privadas, pois esta é competência reservada aos Estados.<sup>33</sup>

Há um embate na construção do pensamento ocidental quando se coloca em análise as concepções de democracia e igualdade. Mac Crorie, neste sentido, defende que o ponto inicial está no reconhecimento de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que no Estado social de Direito a configuração dos direitos fundamentais do Estado liberal clássico foi superada, como direitos que exerciam fundamentalmente a função de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos órgãos estaduais.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 73.

<sup>32</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56.

<sup>33</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56.

<sup>34</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 13.

Desta forma, faz sentido perceber uma mudança, ainda que relativa, das funções da *state action*, quando no século XX, apesar da visão liberal, seus limites movem-se em direção a uma *teoria da função pública (Public Function Theory)*, em virtude de empresas privadas assumirem funções tipicamente estatais, provocando uma mudança em seu sentido. A partir disso, verificaram-se muitas críticas a *state action*,

rechaçando a principal de suas premissas: vincular tão somente o Estado aos direitos fundamentais. Isso faz da liberdade, democracia e igualdade conceitos que só são eficazes no plano público, permanecendo o plano privado, no qual está a atividade econômica, imune a tais restrições.<sup>35</sup>

Por outro lado, torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado. Além do Estado-Administração aparecer na vida social cada vez mais na veste de sujeito privado, as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse coletivo, esbatendo-se a distinção entre entidades públicas e privadas.<sup>36</sup>

A necessidade do estudo e a existências de críticas com relação a possibilidade de eficácia ainda demonstra a fragilidade do tema, principalmente em virtude das controvérsias em torno da eficácia ser direta ou indireta nas relações privadas, ainda que, os estudos contemporâneos não demonstrem mais dúvida, qual seja: o de que o Direito Privado não possui prerrogativa que o mantenha imune à influência e à proteção dos direitos fundamentais.

Neste sentido, é oportuna a lição de Sombra, inspirada pela leitura de Leonardo Mattietto para quem:

o reconhecimento da eficácia dos valores e princípios constitucionais na seara do direito privado 'reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

<sup>36</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 17.

<sup>37</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 73.

Esta possibilidade decorre de preceitos como os da supremacia da Constituição, ou seja, a consequência lógica da vinculação do legislador – e da legislação privada - aos direitos fundamentais é que a interpretação e a aplicação do Direito Privado tem que observar esses direitos.<sup>38</sup> Uma vez que os direitos fundamentais constituem-se em diretrizes de atuação do poder estatal, eles traduzem efetivamente os valores da comunidade política. Assim, “entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por obra da qual seus efeitos não estão mais confinados às relações entre cidadãos e Estado, mas são transpostos para as relações privadas, suscitando uma eficácia irradiante.”<sup>39</sup>

Portanto, conforme Duque defende, esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite o reconhecimento da sua eficácia nas relações privadas, ou, dito de outro modo, o conteúdo obrigacional dos direitos fundamentais não se coloca apenas em um sentido negativo, de evitar a prática de violações, como era possível observar em um Estado absolutista do século XVIII. Pelo contrário, significa que esse conteúdo não pode traduzir apenas uma liberdade a ser protegida de intervenções estatais, observação que fundamenta o seu desenvolvimento também em determinadas prescrições jurídico-privadas.<sup>40</sup>

Em decorrência dessa impossibilidade de manutenção do isolamento privatista, ocorre a constitucionalização do direito civil, da qual Pinheiro destaca duas consequências preponderantes:

i) rompem-se as barreiras entre o público e o privado, e inaugura-se um movimento de tutela integral e unitária da pessoa, não mais confinada a setores estanques do sistema jurídico; ii) rompe-se a supremacia da esfera legislativa, que cuidava de identificar o Direito à lei, para se reconhecer, no poder criador do juiz, não uma usurpação de poderes, mas a interpretação das normas jurídicas conforme a Constituição da República.<sup>41</sup>

Evidencia-se, portanto, que o Direito Privado não pode ser um reduto intangível às demais influências jurídicas, sendo necessário que respeite de forma integral a Constituição, sendo necessária a intervenção do Estado e dos poderes

---

<sup>38</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 57.

<sup>39</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 59.

<sup>40</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.59.

<sup>41</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 59.

públicos quando observam uma agressão a direitos fundamentais provenientes da esfera privada.<sup>42</sup> Tal realidade adquire particular expressão na formulação proposta por Pinheiro, quando assinala que

a eficácia irradiante dos direitos fundamentais exige que as normas jurídicas sejam submetidas a uma nova cultura no momento de sua aplicação, sob o viés da axiologia constitucional, contida na dignidade da pessoa humana, na igualdade substancial e na justiça social.<sup>43</sup>

Nesse passo, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas seria o corolário de uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico. Em decorrência disto, Duque elucida os pontos referentes a fundamentação geral da *Drittwirkung*, essenciais para a compreensão dos direitos fundamentais à luz dos contratos de consumo. Sua premissa parte de dois aspectos complementares: o primeiro é de que nenhum titular de direitos fundamentais tem a permissão de violar um bem jurídico-fundamental de outro, ao mesmo tempo em que uma convivência social entre diferentes titulares de direitos, com interesses distintos, é inevitável.<sup>44</sup>

Diante da complexidade da convivência em sociedade, e dos termos que historicamente já foram utilizados para essa avaliação, não se pretende apontar uma solução unívoca, mas, antes disso, pelos menos indicar que o caminho de harmonização das relações sociais precisa estar minimamente traduzido na Constituição. Uma vez que nenhum preceito legislativo pode se mostrar em contradição com a Constituição, será pelo conteúdo da legislação civil que se permitirá visualizar a concretização, em maior ou menor grau, desses valores.<sup>45</sup>

Sendo assim, a legislação civil permitirá identificar o tratamento das questões dos direitos fundamentais e a permanência do respeito a liberdade individual frente a realidade social. Isto decorre da própria característica da liberdade

---

<sup>42</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 59.

<sup>43</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59.

<sup>44</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

<sup>45</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 60.

enquanto elemento constitutivo essencial na concepção de proteção de direitos fundamentais. Duque defende que essa constatação é decisiva para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico privado. Se os direitos fundamentais devem proteger a liberdade apenas perante o Estado, a construção da proteção da liberdade adquire outro contorno em relação aquele que seria necessário, na hipótese de a proteção da liberdade nas relações entre titulares de direitos fundamentais, portanto entre particulares, seja também tema dos direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Por fim, é oportuno mencionar que além dos aspectos de base teórica, somam-se os perigos da atuação prática, principalmente quando a esfera privada ameaça a realização dos direitos fundamentais, na forma de violação praticada por um cidadão em ofensa ao outro. Assim, o Estado tem a legitimidade de proteger os direitos fundamentais dos particulares, atividade que lhe fortalece e lhe garante os contornos democráticos necessários.<sup>47</sup>

Essa construção teórica permite que a Constituição seja também a tradução do Direito Privado, principalmente em sua face de direito civil e, em particular, as relações de consumo. Entretanto, a forma pela qual a Constituição atua no Direito Privado ainda possui nuances que precisam ser mais bem estudados, como é o caso da eficácia direta e indireta, na busca de um modelo adequado de fundamentação.<sup>48</sup>

### **1.2.1 Teoria da Eficácia Direta**

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, também denominada de eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), defende que os direitos fundamentais não se limitam a afirmação da liberdade do indivíduo perante o

---

<sup>46</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 64.

<sup>47</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 64.

<sup>48</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 65.

Estado, mas compreende também sua afirmação perante particulares.<sup>49</sup> A teoria ganhou repercussão a partir da obra “A dignidade humana” publicada em 1954 e de autoria de Hans Carl Nipperdey, na qual se realizou a defesa do reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A obra encontrou espaço na jurisprudência do Basalt-Actien-Gesellschaft – BAG, órgão no qual Nipperdey atuou, inclusive como seu primeiro presidente. Anos mais tarde, em 1960, Walter Leisner publicou uma obra intitulada “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, na qual reforçou a tese de Nipperdey, igualmente orientada ao reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>50</sup>

A proximidade de Nipperdey com o direito do trabalho evidenciou seu posicionamento ideológico e a fundamentação de suas decisões. De fato, Nipperdey aplicou a sua teoria ao longo de uma série de decisões proferidas no âmbito de competências do BAG, podendo-se dizer, inclusive, que os primeiros anos de atuação do BAG foram marcados pelo reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.<sup>51</sup>

O BAG sustentou que, embora não todos os direitos fundamentais, uma parte significativa destes não deveria garantir a liberdade somente perante o poder estatal, uma vez que na condição de preceitos ordenadores para a vida social, possuem também significados diretos nos preceitos jurídico-privados. Desta forma,

---

<sup>49</sup> Nesse aspecto, Pinheiro sinaliza que: “a eficácia dos direitos fundamentais se impõe diante do princípio da dignidade da pessoa humana: esses direitos são irradiações desse valor central, o que corresponde a uma proteção universal que deve ser garantida em todas as direções.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

<sup>50</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 102.

<sup>51</sup> Dentre as principais decisões nesse sentido, destaca-se a decisão proferida no ano de 1954, que reconheceu a vinculação do empregador aos direitos fundamentais de liberdade de manifestação do pensamento e de não discriminação por sexo. O fundamento, para tanto, foi que esses direitos representam princípios ordenadores da vida social (*Ordnungssatze fur das soziale Leben*) e, como tal, podem ser descritos como arranjo estrutural da ordem pública de um ordenamento Estatal-jurídico. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 103.

os negócios jurídico-privados não poderiam se encontrar em contradição com aquilo que se entende como ordem pública de um Estado.<sup>52</sup>

Essa compreensão parte da premissa<sup>53</sup> de que os valores básicos da própria dignidade humana estão impressos nos direitos fundamentais clássicos ligados à proteção da manifestação do pensamento e de convicção, de não discriminação por raça, origem, religião etc. Esses valores são permeados pelas noções de igualdade e de liberdade do cidadão, de tal modo que, não podem se limitar a possuir significados apenas nas relações entre o particular e o Estado, mas, igualmente, nas relações privadas. Em decorrência dessa compreensão é que ocorre o reconhecimento de uma eficácia privada direta das determinações de direitos fundamentais (*unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen*).<sup>54</sup>

Portanto, pode-se afirmar que a jurisprudência do BAG promoveu uma forte linha argumentativa em torno do reconhecimento de uma eficácia direta. Essa linha fundamentou-se na constatação de que uma recusa à eficácia direta inviabilizaria os direitos fundamentais em vários âmbitos da vida social. Verificou-se essa situação principalmente nos casos em que a incidência de poder econômico e social no tráfego jurídico privado, tanto de forma coletiva quanto individual, revelou-se capaz de restringir, por força de uma situação particular de força, direitos fundamentais de terceiros, em virtude dos interesses específicos de uma das partes – a parte mais forte - sem qualquer responsabilização por isso.<sup>55</sup> Assim, o não reconhecimento de

---

<sup>52</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 104.

<sup>53</sup> “os direitos fundamentais não restringem sua eficácia ao plano estatal. O significado dessa afirmação assenta-se em uma dimensão subjetiva que lhes é atribuída: atuam como direitos subjetivos constitucionais, dotados de oponibilidade *erga omnes*, que se revela tanto no plano público como no plano privado.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 60.

<sup>54</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 104.

<sup>55</sup> “os direitos fundamentais não se restringem a proteger a liberdade do cidadão perante o Estado, mas a proteger os indivíduos. Eis que se constituem em normas de valor que tem incidência sobre toda a ordem jurídica. [...] Trata-se de normas constitucionais, que não se restringem a meras regras de hermenêutica que atuam na interpretação e preenchimento de cláusulas gerais, mas que incidem como normas de comportamento entre particulares.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

uma eficácia direta nesses termos conduziria, inevitavelmente, ao indesejado caráter declaratório (absoluto) dos direitos fundamentais.<sup>56</sup>

Pinheiro, neste aspecto, ressalta que:

eis o fundamento para uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais: as Constituições dos Estados Sociais de Direito não estão confinadas ao plano público, limitando-se a regular as relações entre o Estado e os cidadãos. Estendem sua força normativa para o plano privado, regulando as relações particulares. Trata-se da passagem da Constituição como lei fundamental do Direito Público para a lei fundamental da sociedade, em decorrência do princípio da unidade do ordenamento jurídico.<sup>57</sup>

O que se depreende a partir disso é que a afirmação de que os direitos fundamentais traduzem princípios ordenados da vida social permitiu compreender os direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva, e, portanto, a perspectiva de alguns desses direitos fundamentais possuírem, em extensão variável (relativa), significados para o ordenamento jurídico-privado.

Todavia, a questão está em saber se este significado jurídico objetivo fundamenta, realmente, uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Neste sentido, o próprio BAG procurou responder essa questão, uma vez que sua jurisprudência recente vem procurando trabalhar com uma posição de eficácia indireta, por vezes fundamentada até mesmo nas cláusulas gerais do direito civil, ainda que resquícios da fundamentação da teoria da eficácia direta ainda se façam presentes, em decisões proferidas no âmbito de contratos coletivos de trabalho.<sup>58</sup>

Antes de abordar o tema da eficácia indireta ou mediata, é relevante esclarecer que a teoria da eficácia direta não defende que todos os direitos fundamentais sejam aplicados diretamente no tráfego jurídico privado. Trata-se de um exame que requer avaliação no caso concreto, reconhecendo-se, contudo, essa possibilidade com frequência nos direitos com conteúdo em dignidade humana e aqueles ligados ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>56</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 105.

<sup>57</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 60.

<sup>58</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 106.

Nesse sentido, mais correto seria defender uma *eficácia absoluta de certos direitos fundamentais*. Porém, o tema é complexo, pois a maioria dos direitos fundamentais constantes nos catálogos clássicos pode ser reconduzida a um conteúdo em dignidade humana ou à garantia de livre desenvolvimento da personalidade, com foco na liberdade de ação geral – sendo considerados, por essa razão, “significativos na constituição” – fica claro que a teoria da eficácia direta, apesar dessa ressalva, acaba por abranger a grande maioria dos direitos fundamentais em sentido clássico de liberdade, perdendo essa ressalva, de certa forma, seu significado prático.<sup>59</sup>

Em um quadro amplo, a teoria da eficácia direta sinaliza que os direitos fundamentais não necessitam, em princípio, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas, assumindo, assim, a função de direitos de defesa oponíveis contra outros particulares, de modo que os indivíduos podem invocar os seus direitos subjetivos fundamentais também perante outros sujeitos privados, em termos semelhantes àqueles que os opunham contra o Estado.<sup>60</sup>

Pinheiro, neste aspecto, ressalta que:

justifica-se a eficácia direta do princípio da igualdade entre particulares como argumento que lhe serve de apoio: a quebra de exclusividade do papel do Estado como possível ofensor dos direitos fundamentais. Supera-se a concepção traçada para a liberdade individual pelo liberalismo clássico, a de direitos de defesa contra o Estado. Eis que este último, ao lado dos particulares, despe-se do papel de mero garantidor dos direitos fundamentais para seu protagonista, com vistas a desfazer as desigualdades econômicas e sociais geradas pelo liberalismo oitocentista.<sup>61</sup>

Desse modo, certos direitos fundamentais possuem eficácia absoluta ou uma eficácia normativa direta em sua qualidade como direito constitucional vinculativo e objetivo, que revoga, modifica, completa ou cria novas determinações de direito privado. Esse direito constitucional contém para âmbitos jurídicos exteriores à constituição não apenas “linhas diretas” ou “regras de interpretação”, mas sim uma regulamentação normativa do ordenamento jurídico total como

---

<sup>59</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 107.

<sup>60</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

<sup>61</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 63.

unidade, a partir do qual fluem também direitos privados subjetivos diretamente aplicáveis ao particular.<sup>62</sup>

Os fundadores da teoria da eficácia direta sustentam, em linha geral, que os direitos fundamentais vigem diretamente nas relações privadas, na forma de mandamentos e proibições, não carecendo da mediação das normas de Direito Privado, como, por exemplo, as cláusulas gerais. Para tanto, empregam uma linha argumentativa construída basicamente em cinco pilares principais, quais sejam:

1) O fundamento da ordem jurídica geral e, portanto, também de Direito Privado, é a dignidade humana; 2) os direitos fundamentais, como expressão de valores supremos, devem ser efetivamente assegurados na vida social. Trata-se de exigência advinda de seu próprio conteúdo material, que exige um asseguramento e proteção amplos no interesse do particular; 3) os direitos fundamentais experimentam uma modificação em seu significado. Essa mudança informa que esses direitos não mais devem ser compreendidos apenas como direitos de defesa oponíveis em face do poder estatal, haja vista que se encontram em conexão com as relações sociais, protegendo o seu titular contra os poderes sociais privados; 4) Deriva-se da interpretação histórica dos direitos fundamentais que esses direitos são concebidos como direitos multidirecionais ou universais, de modo que a sua vigência não se limita às relações com o Estado. Assim, o quadro de desenvolvimento dos direitos fundamentais que melhor reflete as exigências e carências de uma sociedade moderna fala a favor da chamada tendência multidirecional (*allseitger Tendenz*) dos direitos fundamentais. 5) os direitos fundamentais, ao serem considerados direitos imediatamente vigentes perante os poderes públicos, devem também ser considerados direitos imediatamente vigentes no âmbito privado. Essa tese encontrou aceção no sentido de que aquilo que não é permitido ao Estado, também não o é no âmbito privado.<sup>63</sup>

O que se pode compreender a partir disso é que tanto acima quanto abaixo da soberania do Estado há grupos, poderes e relações que incidem na liberdade individual dos cidadãos, com uma força que, muitas vezes, não está ao alcance das autoridades públicas; um ordenamento jurídico não pode se basear na obsoleta antítese indivíduo/Estado, que não visualiza a pluralidade de estruturas e forma supra individuais inseridas na sociedade atual, sob pena de simplificar as normas de conduta à ordem das relações indivíduo/Estado, com consequência para a efetividade dos direitos fundamentais; é possível, do ponto de vista dogmático constitucional, e extremamente útil, atribuir um *status* social aos direitos

<sup>62</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 107.

<sup>63</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 108.

fundamentais; há uma tendência em transformar o conceito de liberdade clássica esculpido nas constituições, em liberdade socialmente vinculada.<sup>64</sup>

Neste interim, Pinheiro complementa que

a quebra da exclusividade do papel do Estado como único inimigo dos direitos fundamentais ocupa o lugar de fundamento da teoria da eficácia imediata. No cenário do Estado social, a extensão desses direitos às relações jurídicas privadas impera em face da existência de poderes sociais, exercidos pelos particulares.<sup>65</sup>

Os defensores da eficácia direta adotam, por regra, o fundamento nuclear de que na esfera do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são, em tese, irrenunciáveis – sendo esse conteúdo essencial indisponível, inclusive para o legislador - estejam particulares, ou não, em pé de igualdade, de modo que deve existir um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais, circunstância que, por si só, justificaria essa modalidade de vinculação. Assim, os direitos fundamentais, na condição de ponto fixo na crise de distinção entre o direito público e o Direito Privado, devem, no plano mais elevado de sua universalidade, conduzir os respectivos âmbitos da ciência jurídica para uma última unidade que satisfaça a forma de sua aplicação. Sob o manto da teoria da eficácia direta cogitou-se, inclusive, uma eficácia absoluta (*absolute Wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito jurídico-privado.<sup>66</sup>

Em verdade, o principal argumento elencado pelos defensores da eficácia direta é que o poder social mostra-se implacável na violação de direitos fundamentais. Esse argumento é empregado a partir da constatação de que grupos sociais detentores de poder representam uma ameaça à liberdade dos mais fracos, razão pela qual devem estar vinculados diretamente aos direitos fundamentais. Nesse sentido, somente o reconhecimento de uma vinculação direta dos particulares

---

<sup>64</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 109.

<sup>65</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

<sup>66</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 112.

aos direitos fundamentais poderia propiciar uma proteção efetiva desses sujeitos no tráfego jurídico privado.

O que se constata nesta avaliação é que o princípio da autonomia privada, conquanto tenha que ser garantido no ordenamento jurídico, não pode ser ilimitado. Isso revelaria uma especial sensibilidade às relações sociais marcadas por uma visível desigualdade, com base em uma tendência socializante da Constituição, que fundamentaria a prática de proibições e intervenções de caráter diverso, voltada à efetivação plena dos direitos fundamentais. Com isso, essa doutrina procurou abrir um caminho para fixação de um constitucionalismo de igualdade, mediante uma efetiva interpretação dos direitos fundamentais reconhecidos no âmbito do Estado Social.<sup>67</sup>

Na doutrina pátria, a aceitação o de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou espaço com a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, sob o ponto de vista de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares estejam eles ou não em pé de igualdade, encontra fundamento junto ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que na esfera desse conteúdo são, em tese, irrenunciáveis.<sup>68</sup>

Nessa perspectiva, Sarlet defende um modelo de eficácia direta que denomina de *prima facie*, pelo fato de que as normas de direitos fundamentais não são homogêneas, possuindo diversos graus de eficácia, com efeitos peculiares, razão pela qual, conquanto entenda que os particulares estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, não há de se falar de uma vinculação ou de uma eficácia direta de feições absolutas. Pondera, ainda, que se do mandamento de respeito à dignidade decorrem direitos subjetivos à sua proteção pelo Estado e pelos particulares, haverá de se ter presente a circunstância de que, por força da

---

<sup>67</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114.

<sup>68</sup> Com destaque para as obras: **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p. e a **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

dimensão intersubjetiva da dignidade, fundamenta-se um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais.<sup>6970</sup>

Para além do relacionamento relacionado à proteção da dignidade humana, Sarlet recorre ao princípio da aplicabilidade direta das normas constitucionais.<sup>71</sup> Pondera que o fato de a Constituição Federal conter o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sem, contudo, fazer menção expressa tanto aos poderes públicos quanto às relações privadas, não permite concluir que apenas os primeiros estariam abrangidos por esse princípio.<sup>72</sup>

Assinale-se que o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas já restou expressamente formulado até mesmo pela jurisprudência do STF, por ocasião do julgamento de um caso que considerou inconstitucional o desligamento de um sócio de uma entidade privada (União Brasileira de Compositores), quando não presente a garantia da ampla defesa e do contraditório, conforme se verifica da ementa a seguir:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em**

---

<sup>69</sup> Sarlet, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

<sup>70</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 114.

<sup>71</sup> Art. 5º, § 1º, CRFB.

<sup>72</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 115.

**detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.<sup>73</sup>

Nesse caso, o STF entendeu que “os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam *diretamente* não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”.

Não é o objetivo desse trabalho analisar a jurisprudência do STF sobre a matéria, papel que já foi cumprido pela doutrina pátria. Em que pese a natureza da atuação da associação se confundisse com serviço público por delegação legislativa (atividade essencial na cobrança de direitos autorais), o STF mostrou-se favorável ao reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais em uma relação privada. Assim, destaca-se que o STF já se alinhou, em determinada

---

<sup>73</sup> Conforme (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). Grifo nosso.

ocasião, à concepção de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>74</sup>

Por conseguinte, os atentados aos direitos fundamentais podem partir de particulares que atuam nesta qualidade, delineando relações marcadas pela desigualdade fática e não apenas pelo Estado. “A solução para tanto é converter os particulares em destinatários dos direitos fundamentais, dotados da mesma pretensão subjetiva, identificada em sua oponibilidade *erga omnes* perante entes privados.”<sup>75</sup>

Com base em todas as considerações acima elencadas, visualiza-se que a teoria da eficácia direta visa conferir uma maior proteção aos particulares em face de agressões provenientes de sujeitos ou entidades privadas detentoras de expressivo poder social. Os seus pontos de apoio destacados são a garantia de proteção da dignidade humana e a natureza multidirecional dos direitos fundamentais, que os qualifica como preceitos ordenadores da vida social. Nesse passo, a teoria da eficácia direta revela especial sensibilidade às relações sociais marcadas por uma visível desigualdade, com base em uma tendência socializante da constituição e com fundamento na necessidade de os poderes públicos assegurarem aos diversos níveis da sociedade a igualdade e a justiça social, mediante condutas organizatórias e disciplinadoras das relações privadas, ora marcadas por intervenções, ora por proibições.<sup>76</sup>

### **1.2.2 Teoria da Eficácia Indireta**

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, por sua vez, também é denominada de eficácia mediata (*Mitterlbare Drittwirkung*) e defende a impossibilidade dos contratos privados excluírem a livre circulação de uma das partes contratantes. Um dos primeiros defensores dessa teoria foi Günter Dürig, por

---

<sup>74</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais** – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 116.

<sup>75</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

<sup>76</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais** – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 117.

quem a teoria conquistou espaço e tornou-se prevalecente no cenário jurídico alemão. Para Dürig “aplicar imediatamente tais direitos às relações privadas colidiria com o princípio da dignidade e livre desenvolvimento da personalidade, previstos na Lei Fundamental de Bonn.”<sup>77</sup>

Duque sinaliza outros autores, que com trabalhos precursores já haviam previsto estas possibilidades, como os trabalhos de Herbert Kruger, Walter Jellinek e Alfred Hueck.<sup>78</sup> Porém, não há dúvida da relevância do trabalho desenvolvido por Dürig<sup>79</sup>, tendo se afirmado como o jurista responsável pela criação e desenvolvimento da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito jurídico privado, havendo quem afirme que a questão da *Drittwirkung* indireta, do modo que foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht - BVerfG), atrela-se inegavelmente à sua concepção.<sup>80</sup>

A teoria de Dürig defende que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre de forma indireta, por meio da interpretação das cláusulas gerais do direito civil, passíveis e carentes de preenchimento valorativo. Portanto, as posições jurídico-subjetivas reconhecidas e asseguradas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se de modo direto para as relações entre particulares, tendo em vista que a força conformadora dos direitos fundamentais ocorre por meio da legislação infraconstitucional.<sup>81</sup>

A crítica à teoria imediata, neste aspecto, decorre da amplitude do poder concedido aos juízes “diante do grau de indeterminação que caracteriza as normas de direitos fundamentais. No deslinde dessa tarefa, a autonomia privada seria

---

<sup>77</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 64.

<sup>78</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 195.

<sup>79</sup> Neste sentido, “acenando a que os direitos fundamentais não ingressam no Direito Privado como direitos subjetivos, mas por meio da intermediação dos poderes públicos, as teses dualistas receberam ampla acolhida pelo Supremo Tribunal Federal Alemão, no emblemático caso Lüth, em 1958. Esta decisão contém um viés de ruptura com o paradigma até então prevalecente, segundo o qual uma lide entre particulares só poderia ser resolvida por instrumentos de Direito Privado, não restando qualquer espaço aos direitos fundamentais.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 64.

<sup>80</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 196.

<sup>81</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 196.

exterminada e o Direito Privado converter-se-ia em mera concretização desses direitos.”<sup>82</sup>

Parte significativa da doutrina especializada, ao comentar a construção de Dürig, defende que não apenas as cláusulas gerais do direito civil podem ser preenchidas pelos direitos fundamentais, vindo a servir, desse modo, como meio de transposição desses direitos para o tráfego jurídico privado, mas, igualmente, os conceitos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) empregados pelo legislador em suas regulações, além de outras normas de Direito Privado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.<sup>83</sup> De qualquer modo, os direitos fundamentais em geral carecem de uma norma de Direito Privado com a função de admiti-los nas relações privadas. Segundo a concepção da eficácia indireta, as cláusulas gerais do direito civil apresentam essa característica.<sup>84</sup>

Assim, é importante compreender que:

embora não ingressem no Direito Privado como direitos subjetivos, dotados de oponibilidade “*erga omnes*”, os direitos fundamentais representam princípios objetivos, uma ordem de valores, cuja eficácia irradiante ocorre por meio de pontes entre o Público e o Privado. Essas pontes são construídas pelo legislador e pelo juiz, delineando sua interpretação e aplicação por meio de normas e parâmetros característicos do Direito Privado. Em um primeiro plano, a mediação estatal é tarefa atribuída ao legislador: cabe-lhe, por meio de normas jurídicas mais específicas, determinar o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>85</sup>

Significa que não só cláusulas gerais podem funcionar como veículo para a *Drittwirkung*, mas também o conjunto das normas jurídico-civis, naquilo que forem pertinentes. O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo vivo dessa realidade, ao disciplinar a proteção do consumidor ordenada pela constituição.

---

<sup>82</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 64.

<sup>83</sup> Neste sentido, Pinheiro assinala que “os tribunais alemães tem se utilizado da eficácia tão somente mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, delineando uma irradiação diferenciada, por meio de cláusulas gerais. Nessa perspectiva, alinham-se as recentes decisões do Superior tribunal Federal daquele país acerca da responsabilidade por fianças prestadas por familiares do devedor. A casuística girava em torno da falta de qualquer patrimônio e rendimentos suficientes, senão para responder pelos juros da dívida, ou parte deles, pelos familiares do devedor. O fiador via-se envolvido por dificuldades financeiras insuperáveis ao responder pelo débito, de tal modo que o resto de seu tempo provável de vida seria consumido pelos valores devidos, sem conseguir saldá-los.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 67.

<sup>84</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 197.

<sup>85</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 65.

Decisivo é o fato de que os direitos fundamentais, em si, não são considerados vinculativos para as pessoas privadas, visto que desenvolvem efeitos por meio das normas de Direito Privado vigentes no ordenamento jurídico.<sup>86</sup>

Em certo sentido, pode-se afirmar que

conferir primazia à atuação do legislador na condução dos direitos fundamentais entre particulares dissiparia toda a ameaça à segurança jurídica, contida na imprecisão das normas que veiculam tais direitos. De outro modo, a autonomia privada restaria preservada, e o princípio democrático, assentado, por legitimar constitucionalmente a intervenção do legislador.<sup>87</sup>

Essa constatação é relevante para demonstrar que a teoria dos deveres de proteção do Estado - que atualmente predomina no debate em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – é, em sua essência, uma modalidade de eficácia indireta dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado.<sup>88</sup>

Nesse sentido, um ponto forte da teoria da eficácia indireta é o fato de que ela se coaduna com o princípio da segurança jurídica, no momento em que não se limita a empregar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como ponto de atuação dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado, mas sim uma ampla gama de normas privadas, cuja estrutura está amadurecida e moldada à realidade das relações travadas entre particulares.<sup>89</sup>

O núcleo da teoria da eficácia indireta deixa-se reconduzir à constatação de que a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado é, em primeiro lugar, uma tarefa do legislador ordinário, vinculado, por sua vez, aos direitos fundamentais, a quem cabe concretizar o conteúdo jurídico desses direitos, demarcando as posições dos sujeitos privados garantidas pela constituição. A ideia

---

<sup>86</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 198.

<sup>87</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 65.

<sup>88</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 198.

<sup>89</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 199.

central é que cabe ao legislador a tarefa precípua de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a vigência efetiva dos direitos fundamentais. A vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais é, portanto, em última análise, consequência da vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais.<sup>90</sup>

A teoria da eficácia indireta respeita que as “cláusulas gerais como a boa-fé, o abuso do direito e os bons costumes, ocupam o primeiro plano na tarefa de irradiação dos direitos fundamentais em relações jurídico-privadas.”<sup>91</sup> Ao mesmo tempo, afirma que o direito civil, ao regulamentar a relação entre particulares, tem que levar em consideração os valores que são expressos pelos direitos fundamentais, no caso, aqueles que possuem pertinência com relações privadas.<sup>92</sup>

No entanto, não se pretende que diante de uma controvérsia privada um tribunal se veja condicionado a utilizar um direito fundamental ao invés de uma norma civil para a solução da controvérsia. Pelo contrário, da norma civil derivam-se direitos privados subjetivos orientados aos direitos fundamentais, direitos esses que sempre existiram no marco do direito civil, ainda que em certos casos o texto da norma não lhe oferecesse um fundamento manifesto.<sup>93</sup> A aplicação das cláusulas gerais no marco de controvérsias privadas dá conta dessa realidade. Assim, o legislador ordinário e a os tribunais, no desenvolvimento de uma ação protetiva dos cidadãos, têm ao seu encargo a tarefa decisiva para a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Normalmente, essa efetivação significa a

---

<sup>90</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 201.

<sup>91</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 65.

<sup>92</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 201.

<sup>93</sup> “os valores que compõem a tábua axiológica da Constituição, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, preenchem essas cláusulas gerais; e ao mesmo tempo que colorem os institutos privatísticos, historicamente engendrados sob o viés patrimonialista, garantem que os direitos fundamentais somente terão incidência entre particulares, por mecanismos do próprio Direito Privado.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 65.

prática de uma diferenciação entre posições jurídico-fundamentais conflitantes, bem como o delineamento equacionado dos seus respectivos limites.<sup>94</sup>

A teoria da eficácia indireta pretende, pois, defender certa margem de ação e de liberdade para os particulares, com vistas a evitar através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo, uma afetação no sentimento de liberdade e de iniciativa dos particulares.<sup>95</sup> Deste mesmo modo, Pinheiro sinaliza que “exigir a mediação do legislador é negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eis que se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo autor da lei.”<sup>96</sup>

Em decorrência disto,

a recusa de ponderação direta pelo juiz impõe-se, segundo a *Mittelbare Drittwirkung*, sob pena de convertê-lo em ‘senhor dos direitos fundamentais’, ameaçando a segurança jurídica.[...] nesta tarefa de mediação judicial, as cláusulas gerais e conceitos indeterminados revelam-se como um mecanismo de defesa do Direito Privado. Eis que a entrada de valores constitucionais é cuidadosamente filtrada pela normativa civilística.<sup>97</sup>

Nesse caminho, a teoria da eficácia indireta apoia-se no fato de que o direito civil desenvolveu uma série de soluções que expressam os valores gerais do ordenamento jurídico, valores esses que estão enraizados na consciência geral da coletividade e que, nesse sentido, acabam por possuir significado relevante para a interpretação e aplicação da constituição. Assim, a aplicação e interpretação do direito ordinário revelam-se preponderantemente como o caminho da realização do direito constitucional - em particular dos direitos fundamentais - sobre o Direito Privado. A conclusão que se faz necessária é que, ao menos em regra, os efeitos das decisões de valor da constituição que são dirigidos ao tráfego jurídico privado

---

<sup>94</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 201.

<sup>95</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 203.

<sup>96</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

<sup>97</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 69.

tocam um problema da configuração do direito civil, enquadrando-se, com isso, na tarefa a ser conduzida na esfera de responsabilidade pelo legislador.<sup>98</sup>

A análise de Pinheiro, nestes pontos é oportuna, uma vez que defende que

os reflexos dessa normatividade, na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, suscita algumas asserções: sustenta-se a inutilidade das cláusulas gerais, já que o mesmo resultado seria alcançado ao se retirar diretamente da Constituição direitos subjetivos oponíveis aos particulares, pois os direitos fundamentais conduziriam diretamente a proibições e intervenções nas relações privadas, importando em verdadeira destruição do direito contratual e da responsabilidade civil.<sup>99</sup>

No entanto, observa-se que

tomar a mediação estatal como imprescindível a irradiação dos direitos fundamentais entre particulares mostra-se afeta à separação rígida entre público e privado. Na medida em que se torna necessário construir pontes de mediação entre as duas esferas, desconsidera-se o ordenamento jurídico como uno e a Constituição como centro axiológico de uma tutela integral da pessoa humana.<sup>100</sup>

Assim, diante destes embates e da necessidade de respeito aos preceitos de um estado democrático, a figura do juiz sobrevêm justamente como aquele que tem a missão de construir e manter as pontes entre os ramos do direito, garantir sua comunicabilidade, uma vez que o poder judiciário é o guardião da Constituição e o respeito aos direitos fundamentais é o pressuposto material e o compromisso da democracia.

### **1.2.3 Teoria dos Deveres de Proteção**

A teoria dos deveres de proteção decorre da análise de Dürig apresentada na teoria da eficácia indireta. Pensar a perspectiva dos deveres de proteção retoma a concepção de mediação estatal, ou seja, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais por meio do Direito Privado. Portanto, a teoria dos deveres de

---

<sup>98</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 204.

<sup>99</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 70.

<sup>100</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 71.

proteção pode ser considerada como uma teoria decorrente da teoria mediata ou indireta de eficácia.<sup>101</sup>

Mac Crorie complementa que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares. Para a autora, esta teoria parte da distinção entre direitos fundamentais como proibições de intervenção ou direitos de defesa em relação ao Estado e direitos fundamentais como imperativos de tutela ou deveres de proteção<sup>102</sup>

Pinheiro complementa, ao defender que

a teoria das eficácia mediata conjuga insuficiência e insustentabilidade: ao mesmo tempo que não apresenta qualquer solução para os casos de agressão aos direitos fundamentais, advindos de particulares, quando há omissão legislativa, é indefensável diante de um texto constitucional que afirme a aplicabilidade das normas constitucionais desses direitos em relações privadas.<sup>103</sup>

Assim, as normas que consagram direitos fundamentais desvelam-se outros elementos, para além daqueles restritos a função tradicional de defesa, mas que se colocam como verdadeiros imperativos de tutela, ou seja, impõem a proteção de níveis mínima de efetividade/disponibilidade das posições subjetivas de liberdade sobre que recaem.<sup>104</sup>

A avaliação crítica de Pinheiro é salutar para elucidar os pontos obscuros das teorias mediatas e imediatas de efetivação. Assim, observa que a tese da eficácia mediata recusa a aplicação direta dos “direitos fundamentais como direitos subjetivos aos particulares, encontrando uma atenuação desse rigor na teoria dos deveres de proteção.”<sup>105</sup> A concepção imediata de eficácia, por seu turno,

opõe direitos fundamentais entre si, estabelecendo uma situação de colisão, cuja solução deve ser resolvida pelo juiz, restando a inevitável restrição de

---

<sup>101</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 72.

<sup>102</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 28.

<sup>103</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

<sup>104</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 28.

<sup>105</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

um daqueles direitos. Considerando-se que, em tais casos, molda-se uma relação jusfundamental entre Estado e indivíduo, a eficácia direta não passaria de uma tese que busca escapar à mediação estatal, mas cai inevitavelmente nela.<sup>106</sup>

Ainda, é oportuno lembrar que, os deveres de proteção não se constituem em nova posição dogmática, mas traduzem concepções já estabelecidas no ordenamento jurídico. Esse imperativo de tutela trata de um “dever geral de proteção, que se fundamenta no princípio do Estado de direito e do monopólio estatal do uso de autoridade e de força legítima, cabendo tão somente ao poder público afastar as agressões aos direitos dos particulares.”<sup>107</sup>

Duque, neste sentido, lembra que as concepções de segurança e direito estão próximas e possuem diálogo, sendo que, em muitos aspectos a legislação estabelece tarefas estatais de deveres de proteção, como sinônimos de segurança. Assim, isso pode ser reconduzido a uma longa tradição, considerando que a segurança é um dos ideais da ordem jurídica, princípio integrador e parte essencial do próprio conceito de Estado de direito. Contudo, relativamente novo é o seu emprego para a fundamentação de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>108</sup>

A fundamentação dos deveres de proteção do Estado, hoje compreendidos como deveres fundamentais, pode ser reconduzida ao marco clássico do modelo contratualista do Estado, segundo o qual a ampla renúncia ao direito à autoproteção, condicionada pela transição da situação pré-estatal pela estatal, somente pode ser racionalmente justificada se o indivíduo, em troca dessa renúncia, obtém um direito a efetiva proteção do Estado.<sup>109</sup>

Nesse sentido, há quem afirme – como Alexy - que os deveres de proteção do Estado podem ser vistos como uma espécie de compensação em face da aceitação de um monopólio de força estatal. O indivíduo renuncia ao recurso à

---

<sup>106</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

<sup>107</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 75.

<sup>108</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 315.

<sup>109</sup> Pinheiro se utiliza de Robert Alexy para sustentar que “eleger uma das três construções como correta é uma falsa suposição.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 78.

justiça privada, em troca de um nível satisfatório de segurança aos bens jurídicos tutelados a serem prestados pela atividade estatal, aspecto voltado à necessidade de se garantir uma ordem social pacífica. Ao contrário da visão típica do início do século XIX, não se trata da realização da liberdade por meio da lei, mas sim da proteção da liberdade por meio da lei.<sup>110</sup>

Portanto, traduzindo-se o pensamento de Alexy, citado por Pinheiro, observa-se um modelo que procura integrar as três teorias anteriores, desdobrando-as em três níveis: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados. Assim, “no primeiro nível, situa-se a teoria do direito mediato perante terceiros, segundo a qual as normas de direitos fundamentais valem como normas objetivas de valor, que devem ser consideradas tanto pelo legislador como pelo juiz.”<sup>111</sup>

O segundo nível aponta para a teoria dos deveres de proteção, a partir da qual, o juiz precisa considerar as normas de direitos fundamentais para decidir um conflito de Direito Privado, sob pena de violar um direito fundamental do indivíduo perante o Estado, qual seja, “o direito fundamental de defesa perante a jurisdição. Consiste em ver os princípios jus fundamentais, que sustentam sua pretensão, considerados no caso concreto.”<sup>112</sup>

Por fim, o terceiro nível faz referência à teoria da eficácia imediata. Porém, como bem observa Pinheiro, ainda em alusão a obra de Alexy:

não se trata de mera transposição dos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado para o particular, ou de mera transposição de destinatários. Se ambos os sujeitos da relação privada são titulares de direitos fundamentais, a força de seus efeitos é diversa daquela encontrada perante o Estado.<sup>113</sup>

Atualmente, a teoria dos deveres de proteção do Estado parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos, que obrigam o

---

<sup>110</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 315.

<sup>111</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 78.

<sup>112</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 78.

<sup>113</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 78.

Estado a agir<sup>114</sup>, na medida do possível, para realização dos direitos fundamentais, encontrando fundamento, inclusive, nas premissas do Estado social.<sup>115</sup>

A imagem do Estado como ameaçador primário da liberdade, típica do pensamento do liberalismo e do iluminismo, recua frente aos perigos e riscos que se fazem presentes na sociedade moderna, sobretudo aqueles provenientes da atividade de entidades privadas. De certa forma, essa constatação é a mola propulsora do desenvolvimento de uma teoria dos deveres de proteção do Estado.

A visão de que os direitos fundamentais possuem uma função de proteção representa uma tentativa lógica de superação das mudanças históricas na busca da proteção das pessoas que, como tal, conduziu a uma modificação dos pressupostos de asseguramento da liberdade humana. A ideia central é que no momento em que o Estado cria os pressupostos para a manutenção da liberdade ele assume, com isso, a obrigação de manter e assegurar essa liberdade.<sup>116</sup> O atributo fundamental ligado aos deveres de proteção, indica que os direitos fundamentais são vistos como pontos de ligação dos deveres de proteção, estabelecendo aquilo que se pode chamar de uma clara e próxima relação entre ambos. Significa que a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais, mas, igualmente, por meio de intervenções dos poderes públicos, no sentido de garantir esse direito contra ameaças diversas.

A partir daí se revela que os deveres de proteção estatais ganharam significado no estado moderno, pelo fato de que as ameaças à liberdade da pessoa, levadas a efeito também por sujeitos em atividades privadas, podem ser

---

<sup>114</sup> “a função dos direitos fundamentais como mandamentos de tutela, impondo ao estado o dever de proteger um cidadão em face de outro, foi acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal no caso das fianças. Restou consignado que, no exercício da liberdade de contratar, deve se expressar a autonomia privada, constitucionalmente garantida, em termos materiais. Por conseguinte, o fiador, sem qualquer patrimônio que se ache constringido a pagar dívida elevada, carece ser protegido da vinculação a um contrato que lhe é extremamente desvantajoso.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 76.

<sup>115</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 315.

<sup>116</sup> O BVerfG considera que “o dever de proteção impõe ao Estado que este proteja e promova esta vida em desenvolvimento, o que significa, sobretudo, salvaguardá-la de intervenções ilegais de terceiros. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 31.

neutralizadas somente por meio de uma atividade protetiva, conduzida pelos poderes públicos.<sup>117</sup>

Nessa linha, pode-se afirmar que o ponto de sustentação básico da teoria é a constatação de um dever do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais dos seus cidadãos. O Estado possui deveres de proteção relacionados aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado deve atuar com a finalidade de proteger e fomentar a realização desses direitos, em uma conduta que engloba a proteção contra intervenções de terceiros.

A conexão da teoria dos deveres de proteção do Estado com a temática da *Drittwirkung* e relações de consumo deixa-se fundamentar, portanto, na seguinte linha: ao reconhecer a pessoa como valor supremo do ordenamento, o Estado tem o dever de protegê-la, independentemente do lado do qual provenha a agressão, de modo que as relações privadas não podem passar ao largo dessa proteção estatal. E no rol das relações que merecem cuidado especial do Estado, situam-se as de consumo, considerando-se particular fragilidade do sujeito que integra necessariamente esse tipo de relação: o consumidor.<sup>118</sup>

Mac Crorie sintetiza que a problemática da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado apenas se resolve através da combinação de diferentes funções dos direitos fundamentais; na medida em que se aferem as normas de Direito Privado pelas normas constitucionais, estas são aplicadas de forma imediata na sua função clássica de proibições de intervenção e direitos de defesa; quando, pelo contrário, se examinam atos de sujeitos privados, sobretudo a compatibilidade de negócios jurídicos com os direitos fundamentais, estes aplicam-se na sua função de deveres de proteção.<sup>119</sup>

Trata-se, assim, de uma nova tendência no âmbito da denominada eficácia indireta, uma vez que alarga a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do preenchimento de cláusulas gerais de Direito Privado, impondo aos poderes públicos

---

<sup>117</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 317.

<sup>118</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 319.

<sup>119</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 34.

a obrigação de velarem efetivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas.<sup>120</sup>

Desse modo, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais constituem limites de cunho negativo à atuação do poder estatal (típica função de direitos de defesa contra ingerências indevidas na órbita dos bens e valores fundamentalmente assegurados na Constituição), também exigem uma conduta positiva do Estado, conferindo medida e direção à ordem jurídica. Esta conduta impõe um efetivo dever de proteção, obrigando o Estado a intervir na hipótese de agressão proveniente de particulares.<sup>121</sup>

Por conseguinte, pretende-se que o tema não seja abordado como um dever de proteção, mas sim sob a ótica de um direito fundamental à proteção, ou seja, a partir do reconhecimento de uma vigência social dos direitos fundamentais, que impõe a sujeição dos poderes públicos à Constituição, traduzindo-se em um dever positivo de dar efetividade a tais direitos na vida em sociedade.<sup>122</sup>

### 1.3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais nos contratos de Consumo

As considerações referentes à eficácia dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado trazem questionamentos importantes, ao mesmo tempo em que produzem uma indubitável certeza: “o verdadeiro debate não consiste em determinar se há ou não a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas sua medida, seus limites.”<sup>123</sup>

Diante dos conteúdos já apresentados é cristalino observar que o conjunto normativo privado não pode afastar-se da carga axiológica inscrita na Constituição, razão pela qual, cumpre suas funções em referência as relações privadas, mas

---

<sup>120</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 35.

<sup>121</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 322.

<sup>122</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 322.

<sup>123</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 80.

guarda respeito as demais possibilidades.<sup>124</sup> Assim, Canaris defende que as normas de Direito Privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas, simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra.<sup>125</sup>

De outra parte, Pinheiro lembra que “a liberdade individual contém certa dose de arbitrariedade, relegando o princípio da igualdade para uma vinculação apenas mediata ou indireta aos particulares, isto é, por via legislativa, preservando-se um espaço autenticamente privado que escapa ao alcance das normas constitucionais”<sup>126</sup>

Assim, Juan Bilbao Ubillos, citado por Pinheiro, defende ser necessário evidenciar

a necessidade de elucidar o alcance do direito fundamental em cada caso concreto. Para tanto, resta uma proteção diferenciada: o exame da autonomia real das partes e o princípio da dignidade da pessoa humana impõem uma incidência mais intensa dos direitos fundamentais, com vistas a tutelar a parte débil ou quando esta última se encontra diretamente afetada.<sup>127</sup>

Portanto, a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela desenvolve os seus efeitos, em princípio, também em relação à autovinculação das partes do contrato, situação em que os direitos fundamentais desempenham as suas funções ditas “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela. Em regra, observa-se um amplo espaço de liberdade de conformação, dentro do qual a solução não é determinada jurídico-constitucionalmente, e cujo preenchimento é, por isso, deixado apenas ao direito ordinário.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> Vale lembrar que Pinheiro faz referência a Wilson Steinmetz para lembrar que “os direitos fundamentais vinculam os particulares em face do princípio da supremacia da Constituição, da unidade material do ordenamento jurídico, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 83.

<sup>125</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 34.

<sup>126</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 80.

<sup>127</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 81.

<sup>128</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 36.

Jorge Reis Novais, citado por Pinheiro “sustenta que, quando o indivíduo opõe seu direito fundamental ao Estado, opõe-lhe um trunfo, que só cede se este encontrar justificativa de peso indiscutível para restringi-lo, não sendo suficiente o argumento da maioria democrática.”<sup>129</sup> Outra objeção ocorre no sentido de que as normas de Direito Privado muitas vezes não tem caráter ofensivo, mas antes, simplesmente, conformador ou concretizador de direitos fundamentais. Esta objeção é, certamente, exata na afirmação que lhe está subjacente.<sup>130</sup>

Todo aquele que se ocupa da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas depara-se, desde o início de sua investigação, com dificuldades.<sup>131</sup> Todavia, as dificuldades que o tema impõe não podem servir de justificativa para que esses direitos não sejam respeitados nas relações onde o Estado não toma parte diretamente e para que a unidade do ordenamento jurídico seja colocada em segundo plano.

A observação de Pinheiro, nessa perspectiva, parece acertada, uma vez que

o direito fundamental é esvaziado de sua força de trunfo, realizando-se, no conflito entre particulares, uma ponderação de interesses destituída de critérios jusfundamentais de proteção: há mera valoração de princípios, como a autonomia privada e a dignidade humana, em lugar de ‘verdadeira ponderação do peso dos direitos em conflito’.<sup>132</sup>

Portanto, um esforço hermenêutico e uma atitude interpretativa voltada à máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, em atenção às exigências do Estado de direito, justificam-se sob todos os aspectos, ciente, contudo, de que a análise da *Drittwirkung*<sup>133</sup> pressupõe, necessariamente, uma compreensão prévia sobre o seu objeto: em última análise, os direitos fundamentais.<sup>134</sup>

<sup>129</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 82.

<sup>130</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 35.

<sup>131</sup> “as relações entre particulares não podem ser identificadas às relações entre Estado e cidadãos. Trata-se de situações qualitativamente diversas: nas primeiras, invocam-se trunfos recíprocos, que neutralizam os argumentos em favor de uma ou de outra parte; nas segundas, não há por parte do Estado a titularidade de qualquer direito fundamental, sendo-lhe permitido invocar razões jusfundamentais em favor do interesse que pretende prosseguir.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 82.

<sup>132</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 82.

<sup>133</sup> Independentemente de divergências terminológicas, a palavra *Drittwirkung* enraizou-se de tal forma à discussão, de modo que continua sendo empregada de maneira mais frequente para a

Frente a isso, algumas questões norteadoras devem ser perseguidas, entre elas, como uma norma de direito fundamental pode ser aplicada no curso de relações jurídicas travadas entre particulares. Além desta, surge outra que procura descobrir em quais casos os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, e com essa vinculação poderia ser configurada.<sup>135</sup>

O ponto de partida é o reconhecimento que certos direitos fundamentais devem se vincular nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, no sentido de que as pessoas privadas, naturais ou jurídicas, devem observar os direitos fundamentais quando se colocam em contato (jurídico) com outros sujeitos de Direito Privado.<sup>136</sup>

Pinheiro faz referência a obra de Luís Roberto Barroso, ao mencionar que:

Barroso identifica a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas como um de seus corolários. Nessa perspectiva, destaca a aplicabilidade direta e imediata como a mais adequada para a realidade brasileira, empreendendo-se uma ponderação entre autonomia da vontade e direitos fundamentais, norteadas pelos seguintes critérios: (i) a desigualdade material das partes; (ii) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério; (iii) a prevalência de valores existenciais sobre os valores patrimoniais; (iv) ameaça à dignidade da pessoa humana.<sup>137</sup>

Essa tese, que encontra eco em vários setores jurídicos do país, funda-se, basicamente, no fato de que a partir de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é possível deduzir uma fundamentação direta desses direitos no tráfego jurídico privado, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana

---

descrição do fenômeno por ela sugerido. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 49.

<sup>134</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 39.

<sup>135</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 40.

<sup>136</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 40.

<sup>137</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 84.

e da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, em correspondência a um pensamento de constitucionalização do Direito Privado.<sup>138</sup>

Antes de se afirmar a necessidade de mudança de concepção na avaliação do fenômeno da *Drittwirkung*, Duque sinaliza que há que se constatar que essas reflexões procuram demonstrar que o tema, conquanto possua o seu “epicentro” nos países de língua alemã, também diz respeito à realidade constitucional brasileira. Portanto, aproveita-se a experiência da doutrina e jurisprudência alemã como contributo necessário e valioso ao desenvolvimento da questão na realidade brasileira, à medida que contribuem para o aperfeiçoamento de concepções e solução de problemas variados.<sup>139</sup>

A tese aqui defendida é de que o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, sendo que o particular terá como atribuição a sua titularidade. Esta posição segue o entendimento da doutrina alemã, em geral, quando informa que minoritárias são as posições que visualizam o particular também como destinatário de direitos fundamentais, nas hipóteses de *Drittwirkung*.<sup>140</sup>

O principal argumento que leva à compreensão de que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode vir a ser adequadamente solucionado a partir do enquadramento do particular como destinatário de direitos, é que a pessoa não se equipara ao Estado nas funções simultâneas de garantidor, não violador e de mantenedor dos pressupostos essenciais para a vigência dos direitos fundamentais.<sup>141</sup>

A conclusão preliminar que pode ser levantada é que a visão que enquadra o particular como destinatário de direitos, no afã de potencializar a sua proteção em uma relação privada, pode, sob determinadas circunstâncias, vir a enfraquecer a

---

<sup>138</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: *Drittwirkung* dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 43.

<sup>139</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: *Drittwirkung* dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 44.

<sup>140</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: *Drittwirkung* dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 45.

<sup>141</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: *Drittwirkung* dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 46.

própria proteção desejada, por dificuldades na condução dos argumentos que lhe dão suporte e que, não raro, ingressam em contradição. Como visto, ao se visualizar o particular como destinatário de direitos, se ingressaria na tormentosa tarefa de fundamentar a observância de direitos recíprocos frente a sujeitos que, em comum, têm o fato de igualmente serem titulares de direitos fundamentais.<sup>142</sup>

Assim, frente a necessidade de reconstrução da questão formulada: até que ponto pode o particular recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, ou seja, quando e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular, em face de outro particular que, em tal situação, também exerce o papel de titular de direitos fundamentais?<sup>143</sup>

Assim, Duque<sup>144</sup>, acertadamente, responde que por se tratar de construção dogmática da mais elevada complexidade, que requer um esforço argumentativo permanente, entende-se que essa modalidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ficar em aberto pela Constituição, cabendo a cada ordenamento jurídico encontrar as soluções que se mostrem mais adequadas à sua realidade, levando em conta não apenas o arranjo constitucional, como também a própria estrutura de Direito Privado. Decisivo, portanto, não é a previsão expressa na Constituição em torno de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas sim o comprometimento da ordem jurídico-estatal em promover a defesa desses direitos, independentemente do lado de onde provenham eventuais agressões ou violações.

---

<sup>142</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 47.

<sup>143</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 49.

<sup>144</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 56.



## 2 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O debate sobre o direito ao mínimo existencial está no centro da discussão sobre os direitos fundamentais e a sua eficácia, principalmente por evocar a essência de um direito fundamental a ser protegido em defesa das garantias mínimas da existência do ser humano.

Como já observado no primeiro capítulo, a proximidade entre o Direito Privado e a Constituição tem permitido novas perspectivas, dentre as quais se destaca, para os fins deste capítulo, a relação entre o direito ao mínimo existencial e os direitos do consumidor. Neste sentido, a proposta desse capítulo é percorrer os fundamentos da teoria do mínimo existencial, os conceitos que o caracterizam, e, por fim, a relevância da teoria do mínimo existencial para o reconhecimento da necessidade de defesa do superendividado.

### 2.1 Fundamentos da Teoria do Mínimo Existencial

A busca pelos fundamentos da teoria do mínimo existencial percorre o resgate histórico-jurídico sobre a necessidade de proteção de requisitos essenciais da existência humana. Neste aspecto, observa-se que, no início da década de 1950 o jurista alemão Otto Bachof já sustentava a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva de recursos mínimos que possibilitassem uma existência digna, do qual se depreende, por certo, o princípio da dignidade da pessoa humana relacionada aos mínimos recursos materiais para a existência.<sup>145</sup>

As teses de Bachof influenciaram os tribunais alemães que passaram a sustentar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Mais que isso, essas concepções se incorporaram a doutrina alemã que passou a defender que a garantia das condições

---

<sup>145</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012.p. 91.

mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do Estado Social de Direito, sendo uma das suas principais tarefas e obrigações.<sup>146</sup>

Nota-se, assim, que as dificuldades de identificar a fundamentação do mínimo existencial decorrem justamente em razão de ser parte essencial do Estado Social de Direito, pois, o mínimo existencial aparece muitas vezes confundido e integrado aos direitos sociais.

Em certo sentido, essa confusão se elucida pela compreensão de que a proteção do mínimo existencial é anterior à Constituição, vinculando-se fortemente a elementos como a ética e a liberdade, ou seja, em um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana.<sup>147</sup>

Da mesma forma, Guerra e Emerique concordam que

a questão do mínimo existencial dentro de uma modalidade prestacional convive com a complexidade de definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais estipulados na Constituição. Tanto a doutrina interna como externa esbarra no problema da subjetividade do estabelecimento do padrão de referência ideal para consecução de condições mínimas indispensáveis para a manutenção digna da vida.<sup>148</sup>

Inicialmente, anote-se um conceito sobre o “mínimo”, na contribuição de Lazari, como sendo “o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.”<sup>149</sup>

Sarlet contribui para o conceito da dignidade da pessoa humana, ao entender que

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na

<sup>146</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.17.

<sup>147</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 13.

<sup>148</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 390.

<sup>149</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade*. Curitiba: Juruá, 2012. p.92.

possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.<sup>150</sup>

No Preâmbulo da Declaração é possível destacar a especial atenção a dignidade da pessoa humana, visto que a Carta propõe:

considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...] considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, *na dignidade e no valor da pessoa humana*, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;<sup>151</sup>

Disso decorre a relevância que a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio, progressivamente terá neste século. Neste viés, Guerra e Emerique defendem que

os princípios são como como vigas mestras de um dado sistema, funcionam como bússolas para as normas jurídicas, de modo que se estas apresentarem preceitos que se desviam do rumo indicado, imediatamente esses seus preceitos tornar-se-ão inválidos. Assim, consiste em disposições fundamentais que se irradiam sobre as normas jurídicas (independentemente de sua espécie), compondo-lhes o espírito e servindo de critério para uma exata compreensão.<sup>152</sup>

Assim, observa-se que a positivação da dignidade da pessoa humana estará presente ao longo do século XX, mais marcadamente após a Segunda Guerra Mundial, como se observa:

dentre os países da União Europeia, colhem-se os exemplos das Constituições de Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º), que consagraram expressamente o princípio. Também na Constituição da Itália (art. 3º), encontra-se referência expressa à dignidade na passagem em que se reconhece a todos os cidadãos a mesma dignidade social, inobstante não se tenha referido expressamente a dignidade da pessoa humana. A Constituição da Bélgica, quando de sua revisão em janeiro de 1994, passou a incluir dispositivo (art. 23) assegurando aos belgas e estrangeiros que se

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 40.

<sup>151</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 dez 2014. grifo nosso.

<sup>152</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006. p. 385.

encontrem em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana.<sup>153</sup>

No plano internacional, encontra-se bom exemplo na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que, no artigo XXV defende

Artigo 25° I. Toda a pessoa tem direito a *um nível de vida suficiente* para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.<sup>154</sup>

Além dessa concepção trazida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, ainda é possível assinalar outros tratados e declarações internacionais também procuram ampliar a noção de mínimo existencial, como, por exemplo, a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (ONU - 1986), que traz a noção de direito humano ao direito sustentável, que passa a ter extraordinária importância para a temática do mínimo existencial. No mesmo sentido o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica - 1960), a Carta Europeia de Direitos Humanos e a Declaração do Milênio das Nações Unidas (ONU – 2000).<sup>155</sup> O que se observa nas declarações do plano internacional é que os direitos sociais seriam os promotores da possibilidade de realização do mínimo existencial.

Outro fator importante decorre da transformação das políticas meramente liberais dos Estados em políticas de caráter social, movimento que inicia o esboço do reconhecimento formal de um direito ao mínimo para uma existência digna,

---

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 64.

<sup>154</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>155</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.17.

situação esta que ultrapassa a concepção de assistencialismo como caridade, consolidando-se como dever do Estado.<sup>156</sup>

Precisa é a lição de Sarlet sobre esse aspecto, ao ensinar que

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>157</sup>

No mesmo sentido é a compreensão de Guerra e Emerique, em referência ao pensamento de Salvador Barberá, assinalam que

aceitando a existência de mínimos absolutos, de acordo com os quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total, porque deixam de entrar em conflito entre si. Se a desigualdade é um conceito relativo, assim devem ser interpretados os distintos índices que procuram lhe medir. Por isso defende que a posição relativista no tratamento dos graus de cumprimento de uns direitos frente a outros, e em relação inclusive com outros objetivos como o crescimento e a eficiência, só pode se sustentar em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas. Só uma vez solucionadas as situações de pobreza desesperada pode-se ter políticas distributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares pode-se permitir refinamentos acerca de quais verem mais satisfeitos que outros, e em que níveis.<sup>158</sup>

Disso decorre a complexidade do tema, frente à dificuldade de conciliação entre o combate a pobreza e as possibilidades de desenvolvimento de uma sociedade. Apesar destas dificuldades, por certo se deve caminhar na direção da proteção de um conjunto mínimo de garantias de sobrevivência aos cidadãos.

Barroso, nesse sentido, defende que

o desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão

---

<sup>156</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.17.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 60.

<sup>158</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006. p. 389.

social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.<sup>159</sup>

A partir disso, é rica a lição de Torres sobre as distinções de pobreza, uma vez que o principal obstáculo às condições de existência digna decorre da incapacidade de recursos materiais mínimos. Assim, observa-se que a pobreza pode ser compreendida como sendo absoluta (ou miséria) da pobreza relativa, na consecução de determinar as consequências jurídicas ligadas a cada qual, uma vez que aquela desafia o *status positivus libertatis*, do qual surge a obrigação de prestação pública por parte do Estado, constituindo direito público subjetivo para o cidadão, enquanto que esta - a pobreza relativa - carece de *interpositivo legislatoris* na alocação de verbas necessárias à sua tutela.<sup>160</sup>

Por conseguinte, o lúcido ensinamento de Barroso descreve que

o constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a *ideologia da desigualdade*. *Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo.<sup>161</sup>

Guerra e Emerique contribuem para a compreensão da dignidade da pessoa humana, defendendo que se trata de uma qualidade interna e que torna o ser humano merecedor do respeito por parte do Estado e da comunidade, razão pela qual lhe cabe um conjunto de direitos e deveres fundamentais que garantam

a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 40.

<sup>160</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 21.

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 45.

ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.<sup>162</sup>

A contribuição de Barroso para essa perspectiva é profícua ao sintetizar que

o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.<sup>163</sup>

Disso decorre que sem a possibilidade de sobreviver não é possível imaginar que persistam as condições iniciais de liberdade e os direitos decorrentes. Torres ainda destaca que o mínimo existencial é direito de dupla face: a) aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível.<sup>164</sup>

De forma sistêmica, o que se depreende é que o mínimo existencial abrange não apenas a garantia de sobrevivência física com dignidade, mas abrange também elementos existências socioculturais mínimos, ao mesmo tempo em que possui uma dimensão negativa, composta pelo respeito contra as intervenções de particulares e o próprio Estado, como por exemplo, contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas.<sup>165</sup>

Profícua é a análise do mínimo existencial a partir desse parâmetro tributário, ou seja, tendo a incidência de tributos como ponto de partida,

é possível sustentar a adoção de medidas protetoras das mínimas condições de vida digna para as pessoas, principalmente se tais medidas pretendem evitar ações predatórias relacionadas ao poder de tributar exercido pelo Estado garantindo as condições iniciais de liberdade e a intributabilidade do mínimo vital. [...] A imunidade do mínimo existencial se

<sup>162</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 382.

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 40.

<sup>164</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 37.

<sup>165</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.18.

situa aquém da capacidade contributiva, da mesma forma que a proibição de confisco veda a incidência além da aptidão de pagar. Em outras palavras, a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna. [...] O mínimo vital no plano tributário é fundamento do princípio da capacidade contributiva e do princípio da igualdade substancial, com isso são vedadas medidas que configurem um desrespeito à capacidade contributiva e que gerem efeitos confiscatórios.<sup>166</sup>

Na mesma perspectiva, Torres reafirma que a

essência constitucional (*constitutional essential*) é que abaixo de um certo nível de bem-estar material e social (*material and social well-being*) e de instrução e educação, as pessoas simplesmente não podem tomar parte na sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais.<sup>167</sup>

Dito de outra forma, o mínimo existencial possibilita às pessoas a condição de igualdade substancial que os inclui enquanto cidadãos, ao mesmo tempo em que a incapacidade de alcançar esse patamar lhes exclui e, portanto, cabe ao Estado contribuir para sua igualdade e inclusão.

Guerra e Emerique, neste aspecto, assinalam que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um “dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.”<sup>168</sup>

Esta será, portanto, uma das funções precípua do Estado Democrático de Direito, qual seja, impor a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima, o que acarreta, logicamente, a minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.<sup>169</sup>

Assim, é oportuno que não se confunda a

materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar da vasta extensão dos direitos sociais gerarem problemas

<sup>166</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 393.

<sup>167</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 57.

<sup>168</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006. p. p. 385.

<sup>169</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 121.

relacionados à amplitude de sua eficácia e comprometer a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito, não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global.<sup>170</sup>

Portanto, conclui-se que o fundamento do mínimo existencial é pré-constitucional e está ancorado na ética, fundamentando-se na liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios de igualdade e, principalmente, dignidade humana.<sup>171</sup>

## **2.2 Contornos do Direito ao Mínimo Existencial**

A discussão em torno das controvérsias sobre o mínimo existencial tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recursos e traz à tona a indagação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito - na forma de direitos fundamentais.<sup>172</sup> Assim, a proposta desse item é compreender os elementos conceituais do mínimo existencial para elucidar tais controvérsias e delinear sua receptividade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação aos direitos sociais e as concepções do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **2.2.1 Conceito de Mínimo Existencial**

Inicialmente, o que se observa, é que o mínimo existencial está relacionado aos elementos substanciais que permitem a existência de uma pessoa e que tendem

---

<sup>170</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 391.

<sup>171</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.18.

<sup>172</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 388.

a afastá-la da miséria e da pobreza. Torres<sup>174</sup> defende que há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção negativa do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

Assim, em virtude das considerações e fundamentos de uma teoria do mínimo existencial é possível delimitar ou definir um conceito em torno do tema. Nesse sentido, Petry auxilia nesta tarefa ao afirmar que se trata do “núcleo essencial de um direito fundamental, que é um conjunto mínimo de significações semânticas e normativas para a afirmação de determinado direito, sendo o núcleo mínimo de proteção o patamar inderrogável de proteção”.<sup>175</sup>

Lazari contribui para a construção de um conceito do mínimo existencial, ao defender que

trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem.<sup>176</sup>

A lição de Barroso é que

*o mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.<sup>177</sup>

Em certo sentido, pode-se compreender então que o mínimo existencial funciona como uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal

<sup>174</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 8.

<sup>175</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.18.

<sup>176</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial*: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.103.

<sup>177</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 41.

que impeça a adequada concretização ou efetivação do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.<sup>178</sup>

Lazari, neste sentido, assinala que

não é objetivo do Mínimo Existencial anular direitos sociais que não o integram, mas apenas resguardar que um pequeno grupo deles fique a salvo da insuficiência assistencialista estatal (lembrar que o parâmetro do 'mínimo' é a faixa de subsistência do ser humano). Disso infere-se que o orçamento estatal não se desonera daquilo que excede ao 'mínimo', mas, do contrário, deve se comprometer a melhorar aquilo a que outrora (mais especificamente, em 1988) se comprometeu no campo social.<sup>179</sup>

Mais que isso, observa-se que apesar de ser impregnado por valores e princípios jurídicos, o mínimo existencial não é um valor nem um princípio, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Petry, nesse aspecto, defende que o mínimo existencial é regra, uma vez que se aplica por subsunção, constituindo direitos definitivos e não se sujeitando a ponderação.<sup>180</sup>

Torres destaca que os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial são: direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica.<sup>181</sup> Assim, o mínimo existencial seria considerado como um direito às condições mínimas de existência humana digna, uma vez que a dignidade humana e as condições mínimas de existência não podem retroceder aquém de um mínimo para a sobrevivência.<sup>182</sup>

Uma boa forma de resolução da aparente contradição é exposta por Torres quando aponta o exemplo da questão da moradia:

no que concerne aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou a habitação para a

<sup>178</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.18.

<sup>179</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.95.

<sup>180</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.19.

<sup>181</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 244.

<sup>182</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.19.

classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias.<sup>183</sup>

Petry assinala que não há, explicitamente, uma posição doutrinária, e muito menos normativa, no Brasil que apresente distinção entre mínimo existencial e mínimo social.<sup>184</sup> Isto decorre, em certa medida, da íntima relação entre as concepções do Mínimo Existencial e de moral, até porque os direitos fundamentais vinculam-se aos princípios morais.<sup>185</sup>

Assim, compreende que o mínimo existencial se confirma como sendo o conjunto significativo de condições que permite a sobrevivência substancial mínima, as perspectivas de existência no meio social e, além disso, as condições de esperança com relação ao futuro, tanto no plano individual quanto com relação ao grupo de convivência.

### **2.2.2 A recepção do Mínimo Existencial no Direito Brasileiro**

Ainda que o termo não esteja totalmente inscrito na Constituição Federal de 1988, é possível avaliar que ali se inscreve implicitamente nos princípios que fundam o próprio Estado Democrático de Direito, logo no art. 1º, quais sejam, a soberania, a cidadania, *a dignidade da pessoa humana*, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político.

É sob esse viés que Lazari destaca que no Brasil, o que se observa é a possibilidade de se extrair,

do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III da CF), do princípio da igualdade substancial, e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito (art. 1, caput, da CF), o que faz com que o 'mínimo' sirva, não apenas para assegurar direitos sociais, mas para garantir tanto que as 'tragic choices' de Calabresi e Bobbit não sejam feitas ao livre arbítrio do

<sup>183</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 192.

<sup>184</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.20.

<sup>185</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 28.

implementador de direitos, bem como que o orçamento estatal o observe, sempre.<sup>186</sup>

Do estudo da legislação brasileira, atenta-se que apesar de não possuir dicção constitucional própria e conteúdo específico, o mínimo existencial aparece indiretamente, como na Constituição de 1946 (art. 15, § 1º que tratava de isenção de imposto), na Constituição de 1967 (art. 176, § 3º, II que tratava de ensino educacional gratuito) e na atual Constituição Federal ao longo do art. 5º.<sup>187</sup>

A ordem constitucional vigente, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III) e ao fixar como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), bem como, especificadamente, a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III), estabeleceu, coerentemente com estes postulados, uma série de mecanismos visando a garantir a todo ser humano um mínimo existencial, considerado este como a linha de separação entre a humanidade e a desumanidade.<sup>188</sup>

No entanto, tais mecanismos estão espalhados ao longo do Texto Constitucional, sem que haja uma cláusula geral em que o mínimo existencial seja expressamente garantido como um direito fundamental.<sup>189</sup>

Apesar disso, no Brasil os internacionalistas defendem a teoria da indivisibilidade que está fundada em declarações e pactos sobre direitos humanos e sociais, mas chegam à conclusão de que os direitos sociais não são plenamente justificáveis.<sup>190</sup> Disto decorre que

a saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas:  
a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte

<sup>186</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.94.

<sup>187</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.18.

<sup>188</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 393.

<sup>189</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 393.

<sup>190</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 49.

que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania.<sup>191</sup>

A cláusula geral de tutela de dignidade da pessoa humana, porém, certamente abrange a proteção de um nível mínimo de sua subsistência<sup>192</sup>, tal como proclama a Declaração Universal de Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU -, em 1948:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem estar e o de sua família, especialmente para alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários (art. 25).<sup>193</sup>

É precisamente a noção de essencialidade o que diferencia os direitos sociais dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, embora não originalmente direitos fundamentais, adquirem esta condição, justamente, pelo que concerne aquela parcela mínima sem a qual se torna impossível a sobrevivência do homem.<sup>194</sup>

Neste sentido, Guerra e Emerique apontam – a partir do pensamento de Victor Abramovich e Christian Courtis – que em relação aos direitos sociais de cunho prestacional existem obrigações genéricas do Estado que devem ser devidamente atendidas. Assim, as obrigações seriam:

a) *Obrigação de adotar medidas imediatas* – O Estado deverá implementar, em um prazo razoavelmente breve, atos concretos, deliberados e orientados o mais claramente possível a satisfação da obrigação e a ele cabe justificar por que não avançou na consecução do objetivo. Dentre as obrigações imediatas do Estado destacam-se: i) *Obrigação de adequação do marco legal*; ii) *Obrigação de vigilância efetiva, informação e formulação de plano*; iii) *Obrigação de provisão de recursos efetivos*; b) *Obrigação de garantir níveis essenciais dos direitos* – O Estado deve demonstrar todo o esforço realizado para utilizar com prioridade a totalidade dos recursos que estão a sua disposição; c) *Obrigação de progressividade e proibição de retrocesso* – A noção de progressividade demanda o reconhecimento de que a satisfação plena dos direitos prestacionais supõe uma gradualidade e um progresso nas melhorias de condições de gozo e exercício dos direitos sociais. No caso de retrocesso, cabe ao Estado demonstrar a estrita necessidade da medida, comprovando: i) a existência do interesse estatal

<sup>191</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 53.

<sup>192</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 394.

<sup>193</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>194</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 394.

permissível; ii) o caráter imperioso da medida; iii) a inexistência de cursos de ação alternativas menos restritivas do direito em questão.<sup>195</sup>

A Constituição é de fato pródiga em referências às necessidades humanas fundamentais e à conseqüente atribuição de tratamentos diferenciados aos que carecem de meios para se satisfazer minimamente. Neste sentido, emblemático é o disposto acerca da assistência social, que será prestada mesmo àqueles que não sejam contribuintes, desde que demonstrada a necessidade (art. 203, *caput*, da Constituição Federal).

Negreiros aponta o caso de deficientes físicos ou idosos necessitados, que não disponham da ajuda familiar para lhes garantir a sobrevivência, a Constituição prevê a garantia de um salário mínimo de benefício mensal (art. 203, V, da Constituição Federal).<sup>196</sup>

A instituição de um salário mínimo como direito de todos os trabalhadores é reveladora do compromisso constitucional com satisfação das necessidades humanas fundamentais. De fato, o núcleo conceitual do direito a um salário mínimo é o reconhecimento de que, dentre as inumeráveis necessidades humanas, há as que são elementares, fundamentais, primárias, essenciais, enfim, a uma vida digna, e que se referem à moradia, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, ao vestuário, ao transporte e à previdência social (art. 7º, IV da Constituição Federal).<sup>197</sup>

Neste aspecto, Lazari sintetiza que o conteúdo do mínimo existencial poderia ser assim avaliado:

1. O direito à educação básica e em creche e pré-escola (exclui-se, pois o direito ao ensino superior);
2. O direito às saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento (excluiu-se, pois, o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde);
3. O direito à alimentação, principalmente em seu enfoque existencial (excluiu-se, pois, aquilo que abunda ou é supérfluo);
4. O direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos jamais vis pelo trabalho [...], com especial atenção para o salário mínimo;
5. O direito de não perder um lar e o direito de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade (excluiu-se, pois o direito de ser proprietário/possuidor de um lar);
6. O

<sup>195</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 389.

<sup>196</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 395.

<sup>197</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 396.

direito à previdência social; 7. A assistência aos desamparados, com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições próprias ou por terceiros de subsistência.<sup>198</sup>

Outra perspectiva para a questão do mínimo existencial segue a lógica tributária. Embora extremamente relevante para a avaliação da essencialidade de um produto ou serviço, a opção que se faz nesse presente trabalho é por não enveredar por essa lógica, uma vez que as intenções se voltam para as ações positivas do mínimo existencial e não pelas negativas.

### 2.3 O Direito ao mínimo existencial nos Contratos de Consumo

A abordagem dos fundamentos e teorias do mínimo existencial desenvolvida até o presente momento tende a corroborar a ideia de que a tutela ou alcance do direito ao mínimo existencial ocorre sempre em relação ao Estado, principalmente em decorrência do que foi abordado com relação à efetivação dos direitos fundamentais. Petry, no entanto, ressalta que o mínimo existencial se irradia – enquanto valor fundamental constitucional - também para o Direito Privado.<sup>199</sup>

Pinheiro<sup>200</sup>, leciona que o “mínimo existencial” pode ser compreendido como a solução da tutela da pessoa no contrato diante da insuficiência da civilística clássica. Na esteira desse pensamento, Petry explica que, o movimento que se observa transita da constitucionalização do Direito Civil, fazendo com que valores constitucionais migrem para o âmbito privado, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paribus*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do Direito Civil, ou visto de outro

---

<sup>198</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.148.

<sup>199</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.24.

<sup>200</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e Direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121.

modo, a despatrimonialização do direito civil. Em síntese, este movimento trata de colocar o ser humano e sua essencialidade no centro do Direito Civil.<sup>201</sup>

É nesse contexto que se identificam as nítidas e importantes influências do mínimo existencial, em especial nas relações de consumo. Pinheiro entende que

ao se introduzir a pessoa no centro da contratação, a essencialidade revela suas notas como instrumento do 'mínimo existencial' na tutela do consumidor. Em um primeiro momento, com vistas a explicitar a vulnerabilidade daqueles que não se encaixam no paradigma de destinatário final, tecido pela doutrina e jurisprudência consumerista a partir do art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>202</sup>

Em decorrência desse primeiro momento, observa-se no passo seguinte a análise e ponderação das vulnerabilidades determinadas pelos casos concretos. Assim, um ponto interessante dessa questão é trazido por Negreiros, citada por Pinheiro, que transpõe para a temática da essencialidade para a teoria dos contratos, “com vistas a qualificar o objeto contratual e, assim, delinear um regime jurídico que se traduza na primazia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais”.<sup>203</sup>

A classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos e sua utilização como fator de diferenciação dos contratos que tenham por objeto a sua aquisição ou utilização são propostas interpretativas perfeitamente compatíveis com tais esquemas, desde que se lhes imprima uma nova luz: a da primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais.<sup>204</sup>

A destinação de bens é tratada, sob a ótica do Código, abstraindo-se a dimensão existencial, isto é, não sendo levada em conta a função que exercem na conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana. A propriedade e a renda são agora encaradas como instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a disciplina do bem de família, por meio da Lei n.º 8.009/90 representa uma mudança em relação aos critérios tradicionais, na medida,

---

<sup>201</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.24.

<sup>202</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e Direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121.

<sup>203</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e Direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 118.

<sup>204</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 448.

precisamente, em que determina a especificidade do regime jurídico aplicável àquele bem em função da finalidade existencial que o mesmo desempenha.<sup>205</sup>

Da mesma forma é a compreensão de Pinheiro, quando assinala que

na perspectiva civil-constitucional, com apoio na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, é possível transpor a tutela do 'mínimo existencial' para a teoria dos bens. É o que se faz por meio do critério da essencialidade: os bens devem ser classificados segundo a utilidade que eles representam para a pessoa que deles se serve.<sup>206</sup>

Frente a isto, Negreiros propõe que o mesmo procedimento de qualificação e de diferenciação deve ter lugar no tocante à classificação dos contratos, influenciando sobre a escolha do regime jurídico aplicável. Propõe-se, portanto, uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato.<sup>207</sup>

Ademais, o mínimo existencial possui tanto uma dimensão subjetiva como objetiva, as quais também vinculam os particulares, ou seja, o mínimo existencial também exerce influência sobre o Direito Privado, necessitando, assim, também ter operatividade na sua dimensão prestacional a fim de que seja observado o conteúdo da dignidade humana.<sup>208</sup>

O que se observa, no caso brasileiro, é que o Estado Social não cumpriu satisfatoriamente o seu papel, no sentido de proporcionar as condições do mínimo existencial, o que impede o desenvolvimento sustentável de suas vidas. Um exemplo interessante disso está na alocação de recursos privados em contratação de planos de saúde. Ainda que exista lei específica sobre a matéria, como se observa na lei n.º 9.656/1998, Petry defende que se utilize a norma mais benéfica ao consumidor, além do que, destaca que

o princípio reinante é, sem dúvidas, a solidariedade, já que os planos de saúde expressam a ideia de solidariedade à medida que os prêmios pagos pelos consumidores ajudam a fazer frente aos necessários momentâneos

---

<sup>205</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 449.

<sup>206</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 119.

<sup>207</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 450.

<sup>208</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.37.

que possuem 'gastos com saúde', o que pode vir a ocorrer com todos os demais consumidores do grupo. Logo, os planos de saúde atuam como socializadores de custos, podendo os consumidores optarem por diversas coberturas, apesar de sempre existir o dever de prestação mínima.<sup>209</sup>

Portanto, retomando o aspecto da dupla dimensão objetiva e subjetiva, o que se pode destacar do caso acima é que os fornecedores estão obrigados perante os seus consumidores a cobrir um mínimo, independentemente do plano contratado, a fim de assegurar o mínimo existencial. Essa é a interpretação de Petry ao lecionar que

estando a vida no centro do contrato, por mais que seja uma relação contratual de consumo e que existam limitações quanto à cobertura, essas não podem restringir, jamais, o direito à vida. Portanto, nesse contexto, o mínimo existencial, como direito fundamental, ganha realmente a noção de mínimo vital, que é o pressuposto da dignidade humana.<sup>210</sup>

Um bom exemplo dessa situação pode ser descrito a partir da Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Esta Súmula representa a consolidação do entendimento do Tribunal na matéria, uma vez que se reconhece a vulnerabilidade do paciente (consumidor) e a prevalência do princípio da boa-fé objetiva, além de ser configurar como uma solução humanista para o problema.

Uma boa perspectiva para o tema se coloca a partir da análise do paradigma da essencialidade, que é a base para a diferenciação e encontra fundamento na Constituição na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, desta forma, o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.29.

<sup>210</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.29.

<sup>211</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 450.

Com relação a este ponto, Petry destaca a relação entre serviços essenciais e a preservação do mínimo existencial, principalmente a partir da análise dos serviços essenciais delegados de luz e de água, por suas características intrínsecas à sobrevivência. Defende que embora seja difícil delimitar conceitualmente a questão, apontando com clareza seus limites e alcance, o mínimo existencial representa condições mínimas para vida digna. Assim, a suspensão de serviços essenciais como água e luz, são complicadores da possibilidade dessa existência mínima. Mais que isso, o que se observa é que o Estado é indiferente a essa situação, pois não exige a adoção de medidas mínimas para tutelar esses cidadãos.<sup>212</sup>

Assim,

fica claro o entendimento da legalidade da interrupção do serviço ante o inadimplemento conforme o inciso II, §3 do art. 6.º da lei n.º 8987, de 13 de fevereiro de 1995. No entanto, apesar de ter predominado o entendimento da legalidade da interrupção dos serviços, que, aliás, sob a lógica econômica, parece ser a solução mais viável, pois não seria razoável privatizar os serviços e, após, exigir das concessionárias a prestação gratuita, o procedimento não pode ser mantido como atualmente ocorre, pois o simples corte de luz ou água perante mera intimação, considerando a relevância e essencialidade destes serviços, não se justifica e vai de encontro ao princípio da dignidade humana, já que não preserva o mínimo existencial. De igual forma, a omissão do Estado também é injustificável, devendo, portanto, ocorrer verdadeira e efetiva mudança de postura.<sup>213</sup>

Por certo que a proteção aqui avocada está direcionada para os cidadãos/consumidores de boa-fé, e não para aqueles que mesmo tendo possibilidade de adimplir seus débitos, optam por não fazê-los. Tendo isso como pressuposto, resta claro que ao cercear o acesso aos serviços essenciais do consumidor com dificuldades financeiras, estar-se-á apenas limitando ainda mais as possibilidades dele resolver seus problemas/endividamentos.

Negreiros, por seu turno, ressalta ainda que há de se distinguir os contratos em que tais interesses extrapatrimoniais estão presentes daqueles outros contratos

---

<sup>212</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 450.

<sup>213</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.33.

nos quais, ao contrário, as obrigações assumidas sejam instrumento de satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais.<sup>214</sup>

Portanto, os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão -; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.<sup>215</sup>

A classificação dos bens conforme a sua utilidade existencial, subjacente às decisões, consubstancia um critério de qualificação já reconhecido, embora não explicitado. Assim, por exemplo, no caso da saúde, considerada um bem essencial (necessidade vital da pessoa), deve este bem ser satisfeito, ainda que com sacrifício da liberdade contratual.<sup>216</sup>

Não há divergência na compreensão do papel primordial do dinheiro e, principalmente, do crédito, na vida dos consumidores, assim como, que ambos fomentam e estimulam o consumo. O problema ocorre quando o consumidor ultrapassa a sua capacidade de consumo a crédito e passa a vislumbrar os aspectos negativos dessa condição. O desdobramento disso é que

sendo um fenômeno social grave e comprovado, o superendividamento, que coloca em risco o mínimo existencial, precisa de tratamento. Isso porque o superendividamento pode causar a “falência” do consumidor que não conseguirá garantir sequer o seu mínimo existencial, condição fundamental para manter a dignidade da pessoa humana.<sup>217</sup>

As consequências dessa proteção ou, dito de outro modo, de uma tutela com relação ao potencial (super)endividamento do consumidor está em perceber a necessidade de garantias com relação ao mínimo existencial, o que, em certo

---

<sup>214</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 450.

<sup>215</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 453.

<sup>216</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 469.

<sup>217</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.27.

sentido, amplia a efetividade dos direitos fundamentais. Essa interação pode ser vislumbrada principalmente com as teorias do superendividamento, tema do capítulo vindouro, tendo como principal fundamento garantir e preservar o mínimo existencial dos consumidores endividados ante os fornecedores credores.

### **3. O SUPERENDIVIDAMENTO NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Os dois últimos séculos evidenciaram uma mudança significativa na concepção do Direito Privado e sua relevância para a vida em sociedade. Ao mesmo tempo em que a seara privada se inter-relaciona com o Direito Constitucional, conforme estudado no primeiro capítulo, observa-se em igual medida a transição de um individualismo proprietário para um individualismo de massas. Assim, a proposta deste capítulo é analisar estes elementos em relação à possibilidade nefasta que conduz os cidadãos ao superendividamento.

#### **3.1 Do individualismo proprietário ao individualismo de massa: perspectivas do superendividamento**

Para além das concepções tradicionais de contratos, observa-se que a sociedade contemporânea se expressa pela relevância que outorgou as relações de consumo. Isto está presente nas variadas formas de crédito facilitado ou pela extensão infundável de prestações, muito convidativas a realizar os anseios, e, no mesmo movimento, impulsionar outros desejos dos cidadãos, “convidados” a participar das incomensuráveis possibilidades de consumo, sendo quase impossível resistir a elas.

Ocorre que, este fenômeno social acaba por produzir uma série de implicações às sociedades ditas de “consumo massificado”, principalmente quando não há o devido aporte econômico que garanta o cumprimento dos contratos estabelecidos, o que provoca a consequência nefasta do consumo desenfreado que é o superendividamento.

É importante compreender que a figura da inadimplência está presente nos contratos desde os primórdios das negociações e dos contratos, de tal modo que, a proposta desse capítulo é estudar os parâmetros e características que fazem com que o endividamento produzido pela sociedade de consumo evidencie-se como

diferente do vivenciado até então, provocando o Direito para que assumira outras perspectivas frente a esse problema.

Por certo que o Direito – enquanto conjunto de normas aplicáveis dentro de uma sociedade política – coaduna-se, ordinariamente, aos princípios que fundam essa sociedade, ou, dito de outro modo, o Direito está condicionado e condiciona o Estado que o garante e vice-versa. Nesse sentido, Goyard-Fabre, em referência ao pensamento contratualista de Montesquieu, defende a concepção de que o Estado é limitado pelo (ao mesmo tempo em que limita) o Direito.<sup>219</sup>

Uma vez que o Estado e o Direito são pilares essenciais da construção de Sociedade Moderna, é oportuno referenciar outro elemento estruturante desta Sociedade: o indivíduo. Ao contrário das concepções medievais e da estrutura orgânica de desenvolvimento da sociedade do medievo, a conformação da modernidade trouxe consigo um papel fundamental para o cidadão, o qual passou a gozar de prerrogativas que antes somente eram concedidas a nobreza e a Igreja. Afastando-se disso, a proposição moderna está fundamentada, como bem observa Capella, em um homem racional e egoísta, o que se traduz em uma visão mecanicista de sociedade, segundo a qual, a sociabilidade é um dado secundário na existência do indivíduo.<sup>220</sup>

Essa proposição será válida para a consolidação de uma cultura civilista da sociedade moderna e está presente na concepção tradicional do Direito Civil. Nesse sentido, Negreiros lembra que ao Direito Civil não importa qualquer característica do indivíduo, mas, pelo contrário, este independe da posição social para que possa ser destinatário de suas normas, uma vez que “o indivíduo – em oposição ao

---

<sup>219</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>220</sup> “los *individuos* son el punto de partida de la construcción: los seres humanos entendidos no ya, por ejemplo, como cristianos, sino como una especie de autómatas programados por igual según unos principios egoístas de perseguir el propio placer y evitar el dolor. Ésta es una de las aportaciones de Hobbes al relato político; en lo substancial se va a aceptar su concepción, cuyas características relevantes son dos. En primer lugar, no es preciso recurrir a ninguna fe religiosa para aceptar la noción de ‘individuo’, pues el concepto no es un constructo metafísico. En segundo lugar – y esto es esencial para comprender qué queda fuera del relato político moderno -, *el individuo es definido al margen de la sociabilidad*. La sociabilidad será sólo una función accidental de la individualidad, y no un concepto fundamental o primario.” CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997. p.107.

trabalhador, ao comerciante, ao criminoso, ao contribuinte, ao administrado, ao consumidor... – define-se por sua irredutibilidade essencial”.<sup>221</sup>

Ocorre, porém, que o conjunto das relações existentes no campo privado e decorrentes da forma de sociabilidade ao longo do século XX, não permite que subsista uma concepção estanque do Direito sobre os indivíduos, principalmente em decorrência das profundas desigualdades sociais. Assim, faz-se necessária a revisão<sup>222</sup> dos limites do âmbito da autonomia privada no campo das relações jurídicas patrimoniais, uma vez que o Direito Civil seguiu – e não poderia deixar de fazê-lo – os demais ramos do Direito no que tange a suscetibilidade frente às transformações econômicas, sociais e filosóficas.

Capella lembra que embora as revoluções políticas da burguesia tenham influenciado o reconhecimento estatal de direitos fundamentais e políticos, de natureza pública, o direito do estado policial que acaba por ser um modelo é o Direito Privado.<sup>223</sup> É a partir deste cenário que Wieacker consegue evidenciar uma evolução do Direito Privado, como bem destaca em sua obra clássica “História do Direito Privado moderno”, na qual referencia que

tornou-se significativo da evolução do Direito Privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas suas relações com os outros particulares.<sup>224</sup>

Aspectos importantes dessas transformações podem ser identificados quando da inserção da *função social da propriedade* e, mais recentemente, da *função ambiental da propriedade*. Do mesmo modo, Negreiros lembra da *função*

<sup>221</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

<sup>222</sup> Neste sentido, Negreiros aponta a necessidade de estabelecer “‘limites’ à soberania da vontade individual, ‘restrições’ à liberdade contratual, ampliação do conceito de ordem pública, regimes ‘especiais’ ou ‘excepcionais’ de tutela da parte fraca em certas relações contratuais..., supondo-se que, afora intervenções pontuais, o significado e a função do direito civil permanecem indissociavelmente ligados à proteção de interesses privados, cujo conteúdo compete aos próprios indivíduos determinar, melhores juízes que são de seu próprio bem-estar.” NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

<sup>223</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997. p. 133.

<sup>224</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1967, p. 719.

*social do contrato* e a ampliação do campo da *responsabilidade* por atos ilícitos, em uma postura tendente à objetivização, assim como as mutações no direito de família e a emergência e o desenvolvimento da personalidade.<sup>225</sup>

Tais elementos permitem avaliar as mudanças significativas ocorridas ao longo do século XX e que trouxeram novos elementos à concepção do indivíduo frente à sociedade e ao Estado, porém suas raízes são mais antigas. Como bem destaca Negreiros, “o código civil é a ‘autobiografia’ do indivíduo burguês. Afirma-se, sem exagero, que não apenas o direito civil, mas todo o Direito da modernidade tem como ponto de partida o individualismo e o liberalismo.”<sup>226</sup>

Por sua vez, Barcellona afirma que o desenvolvimento da modernidade e de sua crise se apresentaram como a imagem de um grande e colossal processo de debilitação do Eu, principalmente em virtude de uma das características oriundas da modernidade que foi sua naturalização.<sup>227</sup>

Em uma perspectiva histórica, é válido referenciar que no Direito Romano Clássico, por exemplo, não existia – nos termos em que hoje se concebe – uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações econômicas. Roppo, nesse sentido, lembra que

existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da “forma” entendida, não tanto como instrumento legal, mas “como cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso [...] Para além disso, eram reconhecidos alguns contratos típicos, correspondentes a outros tantos negócios (*negotia*) que, pela sua difusão e pela importância assumida na praxe, eram considerados merecedores de tutela jurídica.”<sup>228</sup>

<sup>225</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 7.

<sup>226</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14.

<sup>227</sup> “Ha desaparecido toda idea de protagonista o antagonista, no sólo en el sentido de los grandes sujetos colectivos (clases y organizaciones de clases), sino también en el sentido de las ‘grandes’ individualidades creadoras capaces de imprimir un giro expresivo a todo un siglo, o más simplemente, de aquellas personalidades que en campo de la empresa económica o del gobierno político han asumido históricamente ‘roles simbólicos’. Ni siquiera ha quedado la posibilidad de que se produzca algún hecho imprevisto e imprevisible, algún giro que sea reconducible a la irrupción imprevista de la subjetividad prepotente y constructiva: todo parece ya ocurrido y cumplido.” BARCELLONA, Pietro. *L’individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 89.

<sup>228</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 16.

Assim, ainda segundo Roppo, o ato contratual, na visão romana, estava diretamente relacionado ao *negotium*, ou seja,

o acto de circulação da riqueza (sob a forma de venda, de locação, de depósito, de mútuo, etc.), mais do que a sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autónoma da operação económica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação económica sobrepunha-se ao contrato, absorvia-o.<sup>229</sup>

Outro ponto, destacado por Roppo<sup>230</sup>, diz respeito ao panorama do Direito Inglês medieval (*common law*), no qual não existia a ideia de contrato como uma figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações económicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Somente com os avanços do contratualismo e do individualismo das sociedades modernas é que se pode afirmar o contrato como uma fonte autônoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, como veste legal típica das operações económicas.<sup>231</sup>

Ao contrário do que ocorrera na Idade Média<sup>232</sup> em que o sujeito se apresentava a partir suas qualidades, e que estas faziam com que fosse sujeito, seja

<sup>229</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 16.

<sup>230</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 17.

<sup>231</sup> Nesse sentido, Roppo aponta que “de Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o “contrato social” de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte da sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a “vontade geral”: a sociedade, o Estado. Também nesta doutrina - e sobretudo nesta - a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade *tout court*, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um “contrato” e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo, (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais “liberais” em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súbditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva”. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 29.

<sup>232</sup> Roppo defende que “as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas económicos arcaicos, ou de um modo geral pouco evoluídos (aqueles que poderiam considerar-se os caracterizados pelo modo de produção “antigo”, baseado no trabalho escravo e pelo modo de produção feudal, por sua vez caracterizado por vínculos de natureza “pessoal” entre produtores e detentores da riqueza fundiária, pelo trabalho artesanal independente, por uma nítida tendência para o auto-consumo e, portanto, por um baixo volume de trocas), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação económica-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (tal como é a formação económica-social capitalista, especialmente após a revolução

enquanto artista, enquanto cavaleiro, ou pela nobreza de seu sangue, etc, na modernidade, o sujeito se apresentará pela qualidade de proprietário, ou seja, será concebido como o sujeito da propriedade moderna.<sup>233</sup>

Estes elementos são essenciais para compreender o papel do Direito moderno, uma vez que reflete o projeto político burguês-proprietário, marcando o indivíduo como titular de vontade e garantindo-lhe a proteção patrimonial. O conjunto de prerrogativas legais que são conferidas aos cidadãos – liberdades públicas recém-conquistadas – se aproxima dos direitos de propriedade que há muito haviam sido reivindicados pela classe burguesa. Mais que isso, a propriedade privada se tornará o fundamento e o símbolo maior da liberdade, confundindo-se com aquele direito, de tal modo que a autonomia negocial será semelhante ao direito de casar, de ser proprietário, de contratar, ou seja, todos são iguais.<sup>234</sup>

Nesse sentido, o cenário moderno, marcado pelo individualismo e pela busca de auto realização, encontrará terreno fértil para a validação de um novo conceito de contrato, uma vez que, segundo Roppo, o contrato<sup>235</sup>, assim como os demais conceitos jurídicos, *“reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.”*<sup>236</sup>

O aporte teórico necessário a essa compreensão está presente no pensamento de Wieacker, quando assinala a ética da autonomia kantiana, do século XIX, a qual concebeu o Direito Privado como “um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade

---

industrial dos princípios do séc.XIX), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico.” ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 25.

<sup>233</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 90.

<sup>234</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15.

<sup>235</sup> Roppo, no entanto, lembra que os contratos não são os únicos instrumentos legais de circulação da riqueza, como bem destaca no exemplo do ordenamento italiano, “o mecanismo de sucessão *mortis causa* – seja testamentária seja legítima – realiza uma transferência típica de riqueza entre particulares de forma não contratual; e transferência de riqueza de forma não contratual realiza, também, entre particulares e o ente público, por exemplo, o mecanismo da tributação.” ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 18.

<sup>236</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 7.

jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação.<sup>237</sup>

Tais elementos compõem o cenário do modelo de contrato enunciado pelo individualismo filosófico e pelo liberalismo econômico que haviam surgido no século XVIII, triunfantes no século seguinte. Ademais, positivaram-se em valores jurídicos nas codificações francesa e alemã, as quais inspiraram Código Civil brasileiro de 1916. Este modelo de contrato traduziu-se pela ideia de consensualismo que substituiu o formalismo, de tal modo que a força obrigatória dos contratos passou a se justificar pelo respeito à palavra voluntariamente dada. Assim, o consentimento mútuo tornou-se o pressuposto do contrato, não sendo necessária uma forma específica para lhe garantir a validade.<sup>238</sup>

Roppo, neste sentido, aponta a contribuição jusnaturalista do século XVII, em especial de Grotius, à elaboração da moderna teoria do contrato, o que coincide temporalmente com o capitalismo nascente,

assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *Code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coesa do amadurecimento da revolução industrial, e constitui o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe – a burguesia – à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade.<sup>239</sup>

Os reflexos disso, em excelente síntese de Wieacker, serão justamente os pontos centrais do Direito Privado, quais sejam:

o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autónoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autónomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas.<sup>240</sup>

<sup>237</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1967, p.717.

<sup>238</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

<sup>239</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 25.

<sup>240</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1967, p.717.

O vínculo sensível entre indivíduo e propriedade se evidencia no que Barcellona denomina de sistema proprietário, por meio de um processo complexo que condiciona que as qualidades do sujeito estejam determinadas como princípios de organização do sistema. Conforme sua proposição, a propriedade assume papel central ao ser transformada em objeto disponível e reproduzível, uma vez que a propriedade passa a ser o princípio organizativo e a razão ou regra de funcionamento do sistema. Doravante, o sistema funcionará como o produtor, reproduzidor e destruidor de objetos destinados a apropriação e, ao final do ciclo vital, produzirá um sujeito em relação ao objeto consumível, de tal modo que o sujeito proprietário será transformado em um sujeito consumidor.<sup>241</sup>

A compreensão dessa transição está presente na lição de Roppo, ao citar a Lei de Maine e sua relação entre sujeito e espaço na organização social. Para ele, os processos de desenvolvimento das sociedades humanas se estabelecem como processos de transição do "*status*" ao contrato. Assim, observa que

nas sociedades antigas as relações entre os homens - poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade - eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autónoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.<sup>242</sup>

Trata-se de entender o sujeito enquanto objeto de uma relação estabelecida de troca. No que diz respeito a esse sistema e a valoração dos objetos frutos dessas trocas e do consumo, é oportuno compreender que há uma relação direta entre o contrato enquanto formalização jurídica de operações econômicas em pertinência de certas finalidades.<sup>243</sup>

Portanto, a matéria objeto de contrato poderá ser identificada onde existir a potencialidade de circulação da riqueza e/ou a transferência de riqueza entre sujeitos, com a precisa observação de que a riqueza é compreendida em *lato sensu*, ou seja, a consideração em torno de todas as utilidades susceptíveis de avaliação

---

<sup>241</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 91.

<sup>242</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.26.

<sup>243</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.9.

econômica, o que inclui até mesmo a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém.<sup>244</sup>

A abrangência desse tema é que permite o fortalecimento das teorias contratualistas e primazia dos contratos e na vida da sociedade moderna, uma vez que o contrato corresponderá a verdadeiro instrumento de autolimitação da liberdade individual e, assim sendo, somente poderá se justificar “desde que fundado no consentimento dos indivíduos que assim se tornam ‘relativamente’ menos livres em face da força obrigatória do vínculo entre eles voluntariamente formado”<sup>245</sup>

Essa interpretação da primazia dos contratos sobre a nova existência, e, de certo modo, a relevância do próprio Direito sobre a vida em sociedade está expressa na construção de uma progressiva jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas, marcadamente das relações econômicas, e parece estar vinculada ao próprio processo civilizatório.<sup>246</sup>

Segundo Roppo, o que se pode afirmar é a existência de um princípio que procura aproximar as operações econômicas para o domínio do direito, de maneira a vincular e considerar as regras em matéria de contrato cada vez mais específicas, na consecução de formar um instituto próprio e permitir que o contrato se torne categoria autônoma do pensamento jurídico.<sup>247</sup>

Negreiros, por seu turno, remete a leitura desse fenômeno a partir da compreensão da vontade enquanto centro do contrato( em sua concepção clássica), mediada pela regra da igualdade entre os contratantes, uma vez que até mesmo o

---

<sup>244</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.13.

<sup>245</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

<sup>246</sup> O conceito de contrato está, em suma, indissoluvelmente ligado ao de operação econômica (ainda que em certo sentido, como já se assinalou e como melhor se especificará, conserve, em relação a esta, uma relevância autônoma), enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro. [...] Num estudo de 1963, significativamente intitulado *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study* (Relações não contratuais no âmbito das relações negociais: um estudo preliminar), Stewart Macaulay expôs os resultados de um reconhecimento empírico da praxe comercial seguida por cinquenta empresas de Wisconsin na gestão das suas relações de negócios recíprocas. E a conclusão foi precisamente que, num grande número de casos, mais do que recorrer ao aparato legal predisposto pelo direito dos contratos, "os operadores económicos preferem contar com a "palavra de cavalheiro" dada com uma simples carta informal ou com um aperto de mão ou, então, com a "honestidade e correcção comum" - até mesmo quando o negócio implica exposição a riscos não menosprezáveis", e, neste sentido, recusam formalizar este último numa veste contratual completa, e, sobretudo, activar o complexo mecanismo sancionatório constituído pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.19.

<sup>247</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.16.

legislador e o juiz lhe devem fiel observância, sem poderem interferir no pacto entre as partes. Sob este viés, os contratantes possuem ampla liberdade para fixarem quaisquer obrigações que, voluntariamente, pretendam se auto impor, ou seja, a escolha pelo conteúdo dos contratos permanece na exclusiva seara do indivíduo.<sup>248</sup>

Essa organização do sistema que pretende a transformação do sujeito em consumidor encontra terreno fértil naquilo que Wieacker define como a *economia social de mercado*, uma vez que é ela que “concebe o contrato, a compensação dos prejuízos e os limites da propriedade não apenas como um confronto de interesses privados, mas, ao mesmo tempo, como uma função económica”<sup>249</sup>.

A interpretação histórica trazida a luz por Roppo dá conta de uma certa “apropriação” das relações econômicas pelo Direito:

Parece, de facto, remontar a tempos ‘históricos’ o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações económicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da coletividade – numa palavra, submetê-las ao direito. E ‘contrato’ é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva “captura” das operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos até então subtraídos – tal como as operações económicas – ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num ‘espaço vazio de direito’.<sup>250</sup>

De certa maneira, pode-se afirmar que a sociedade moderna se fundamentou no *modus operandi* econômico<sup>251</sup> e atribuiu a uma determinada racionalidade econômica específica a possibilidade de sanar as dificuldades de outras épocas. Isto se torna claro quando se analisa o liberalismo econômico que se

<sup>248</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

<sup>249</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1967, p. 719.

<sup>250</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.15.

<sup>251</sup> Nesse sentido, Roppo defende que “pretende simplesmente dizer-se que seria arbitrário reduzir o conceito de operação económica ao de “troca”, excluindo o acto gratuito, de transferência sem correspectivo. Não queremos evidentemente dizer que, ao contrário, os actos gratuitos constituam a categoria mais numerosa e mais importante das transferências de riqueza. Bem pelo contrário, sobretudo no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em larga medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema económico, prevalecem largamente a lógica e a exigência da correspectividade, da “troca de equivalentes”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.15.

inspira na valorização da vontade individual como elemento de garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade.

Negreiros assinala que “na base desta doutrina econômica está a concepção de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais.”<sup>252</sup>

Porém, Barcellona, nesse contexto, assinala a fragilidade do ator social, composto por diversos “eus” sem que isso traduza coesão social. O ator social está dissolvido como unidade e transparência. Em certa medida, o homem renunciou a descobrir que realmente é, o que o transformou em um habitante desencantado do sistema.<sup>253</sup>

Outro ponto interessante provocado a partir da análise das mudanças e intersecções do Direito Privado e do Direito Público são assinaladas por Roppo, quando afirma, amparado em Macaulay, a perspectiva de uma “fuga ao contrato”, ou seja, em determinadas situações, o contrato e o direito dos contatos aparecerem tornam-se desnecessários ao desenvolvimento das trocas, principalmente em virtude da existência de outros instrumentos que assumem essas tarefas, ou, em virtude de sanções não jurídicas, mas igualmente eficazes, que são capazes de

convenientemente, substituir as legalmente previstas pelas regras de direito contratual (sanções ligadas, por exemplo, à subsistência de relações extracontratuais de natureza vária - pessoais, sociais, profissionais ou ainda de outro género - entre os empresários que tomam parte na troca ou entre os componentes das suas organizações empresariais; ao desejo de não prejudicar as boas relações de negócios com a contraparte, através de faltas de cumprimento ou de comportamentos incorrectos que suscitariam reacções e retaliações económicas do parceiro prejudicado; ao interesse em conservar, mais em geral, uma boa "reputação no mercado" - bem mais necessário ainda no âmbito de economias fortemente competitivas).<sup>254</sup>

De outra parte, enquanto aspectos negativos de alternativas “não contratualistas”, Roppo destaca que o emprego do contrato e do direito dos contratos, não sendo simplesmente supérfluo, arrisca-se frequentemente a determinar resultados contraproducentes e antieconómicos, quais sejam:

---

<sup>252</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

<sup>253</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 96.

<sup>254</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.20.

lentidões e retardamentos na conclusão dos negócios; rigidez e escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução; exposição a elevados custos legais e judiciais quando se decida fazer valer em tribunal os direitos contratuais; deterioramento ou rotura a que o exercício de uma acção legal intentada para fazer valer o contrato geralmente conduz, no quadro das relações económicas entre as partes coenvolvidas, e que, de outro modo, poderiam ser evitadas com uma solução da controvérsia, por assim dizer "extralegal", não mediada pelo direito dos contratos e pelo seu aparato coercivo.<sup>255</sup>

Porém, do presente aparente conflito, assinala-se que persiste o crescente processo de "contratualização" das operações económicas, de tal modo que permanece como uma linha de tendência historicamente irreversível.

Assim, se o início do Estado moderno era pautado pelo liberalismo e pelo individualismo, ocorre, neste novo estágio, uma mudança significativa, promovida pela primazia da carta constitucional e sua prerrogativa de Direitos. Negreiros afirma então que há um processo de constitucionalização do Direito Civil, o que implica na "substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social."<sup>256</sup>

O que se percebe é uma mudança de paradigmas ao longo do século XX, o que faz mudar o sentido da atuação do Estado frente aos cidadãos. Se o século XIX presenciou direitos contra o Estado, o século XX, como bem assevera Bobbio, firmou nova era de Direitos<sup>257</sup>, pelos quais o Estado passa a ser promotor de direitos que podem ser exigidos pelos cidadãos através do Estado. Mais que isso, o início do século XX sinaliza uma concepção social nos Estados liberais do século XIX, a partir da qual, passam a promover direitos sociais e económicos, garantidos pelo Estado. Esse rearranjo promoverá novo debate em todo o direito sobre a dignidade da pessoa humana, sobre as mazelas sociais, como pobreza e marginalização.

Estas preocupações passam a ser conhecidas como direitos sociais, informando uma nova concepção do cidadão, que estende sua prerrogativa de

---

<sup>255</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p.20.

<sup>256</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

<sup>257</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

direitos para além dos direitos individuais, alcançando também os direitos sociais, impondo a todos os ônus de tornar a sociedade mais justa.<sup>258</sup>

Barcellona<sup>259</sup> interpreta que, paradoxalmente, na época em que parece conseguir o máximo de reconhecimento da liberdade e dos direitos humanos, o indivíduo, que é o titular desse rol de direitos, parece se reduzir a um dado externo, de tal maneira que, poder-se-ia dizer, torna-se algo descartado do sistema de modelos e de papéis dentro dessa estrutura.

Por conseguinte, a época atual se caracteriza pelo automatismo dos comportamentos sociais que está dado de forma permanente, pela transformação da estrutura do poder e do mandato social, assim como pela fungibilidade e flexibilidade dos papéis sociais que são, acima de tudo, fatos antes de se configurarem como teorias.

A tese defendida por Barcellona é que o princípio proprietário se desenvolve na sociedade moderna com formas e mecanismos que não são reduzíveis ao puro esquema de domínio pessoal sobre a natureza e aos outros homens, mas, antes disso, que a metamorfose se produz mediante a autonomização da esfera econômica e a libertação do indivíduo (e da natureza) do sistema de relações pessoais e, principalmente, das dependências políticas próprias de outras épocas históricas.<sup>260</sup>

Nessa esteira, outro ponto que demonstra a complexidade desse momento histórico é sinalizado pela articulação do sistema de normas jurídicas que regulam os contratos, principalmente pela ampliação de normas que tratam do tema, seja no Código Civil, seja em leis especiais. Nesse sentido, Roppo aponta que

o fenómeno explica-se facilmente a partir do momento em que se reflecta na multiplicação e complexidade das operações económicas, por sua vez determinadas pela crescente expansão das actividades de produção, de troca, de distribuição de serviços: as regras jurídicas que disciplinam os contratos correspondentes àquelas operações económicas devem, também elas, multiplicar-se e complicar-se, de modo a oferecer uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que assim vêm emergindo.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19.

<sup>259</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 90.

<sup>260</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 108.

<sup>261</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 22.

Em outras linhas, o principio proprietário determina uma espécie de libertação do indivíduo de sua própria existência em grupo, ou seja, seu sentimento de pertencimento não ocorre mais por laços de solidariedade, mas por potencialidade de aquisição de mercadorias.

Mais que isso, somente um grande artifício poderia transformar o trabalho humano em mercadoria, as necessidades em valor de troca e o dinheiro em forma geral riqueza, ao mesmo tempo em que somente uma grande força política poderia instituir o mercado como o ponto culminante das relações humanas, suprimindo os privilégios e os direitos que a organização estratificada da sociedade feudal havia conquistado durante séculos.<sup>262</sup>

É necessário, portanto, que exista uma força política que determine a preponderância do poder econômico e do mercado sobre as relações humanas. Nota-se que existem espaços que permanecem imunes à atuação do mercado, uma vez que são necessidades que não se traduzem em mercados consumidores natos. Estes grupos são os idosos, as crianças, as mulheres, os enfermos, os presos, os desempregados, ou inválidos, enfim, todos aqueles que de alguma maneira encontram as portas do mercado fechadas e que de alguma maneira necessitam de outros que possam ser seus responsáveis financeiros ou que possam prover suas prestações e subsídios de sobrevivência.<sup>263</sup>

Roppo<sup>264</sup> compreende que os vínculos derivados do *status* familiar que limitam mulheres e filhos ao poder do pai<sup>265</sup>, tanto do ponto de vista patrimonial quanto pessoal, progressivamente, tendem a ocuparem espaços no mercado

<sup>262</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 108.

<sup>263</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 109.

<sup>264</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988.

<sup>265</sup> "A história do direito italiano oferece uma prova eloquente desta tendência com a abolição da 'autorização marital'. No velho código civil de 1865, o art. 134.º estabelecia que, salvo casos particulares, a mulher não podia "dar, alienar bens imóveis, hipotecá-los, contrair mútuos, ceder ou cobrar capitais, constituir-se fiador, nem transigir ou estar em juízo relativamente a tais actos sem autorização do marido": um exemplo típico de como o *status* (aqui de mulher casada) podia comprimir a liberdade de contratar. Mas ainda antes de se ter encetado uma revisão geral do direito da família e das pessoas (na perspectiva de uma nova codificação civil), esta restrição da liberdade e capacidade contratual da mulher - que, todavia, aparecia aos intérpretes como 'necessária consequência e complemento de todo o sistema da autoridade marital' - revelou-se intolerável para a consciência social (e, por outro lado, contrária às exigências económicas de uma circulação da riqueza mais dinâmica e segura): em 1919 o sistema de autorização marital foi assim suprimido com uma lei que indiscutivelmente estendia a liberdade do contrato a sectores de relações sociais antes dominados pela lógica, não liberal, do *status*." ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988. p.27.

consumidor, ou seja, a possibilidade de participar livremente no comércio jurídico ampliou-se, passando a serem legitimados a dispor dos seus bens, estipulando por si próprios qualquer gênero de contrato.

Barcellona defende, que há uma interrelação entre o poder econômico e o poder político, uma vez que a autonomia do econômico (e da autonomia privada) são fundamentadas em decisões políticas, assim como, a relação dos limites entre a economia e a política sempre será uma variável dependente de uma decisão que assuma a forma de lei.<sup>266</sup>

Nesse sentido, Roppo complementa que em virtude da natureza econômica o contrato possui um papel dentro do sistema determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal. Portanto,

o contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido.<sup>267</sup>

Essa mutabilidade concernente ao contexto socioeconômico expressa o que Barcellona defende como a autonomia da economia, ou seja, trata de se pensar o ponto central do sistema, uma vez que é desta autonomia que dependem não apenas os espaços dos subsistemas, mas, principalmente, a constituição da sociedade moderna e a própria noção de liberdade individual, compreendida pela ausência de vínculos e subordinações que não tenham sido previamente assumidas com o consentimento do interessado.<sup>268</sup>

Portanto, a possibilidade de um indivíduo livre está condicionada ao que ele se autodeterminou, a partir de sua vontade, e, de acordo com os pactos estabelecidos no seio dessa sociedade. Ao mesmo, abre-se espaço ao paradoxo de uma invasão dos aspectos mais privados de sua vida, no que Barcellona chama de *institucionalização da vida humana*. Tanto a sociedade quanto o sistema

---

<sup>266</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 110.

<sup>267</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 24.

<sup>268</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 112.

apresentam-se dispostos a responder por qualquer necessidade humana, produzindo uma instituição que se ocupe dela. Em certo sentido, compreende que a vida se encontra articulada de maneira tão complexa por status, por regras e figuras formais, como, por exemplo, o idoso, o enfermo, o aposentado, o desempregado, entre outros. Esta sociedade, portanto, está permeada por regras, que invadem até mesmo o tempo livre com regulamentos.<sup>269</sup>

Niklas Luhmann, citado por Barcellona, defende que esse paradoxo pode ser evidenciado justamente por não se tratar de um sistema de indivíduos ou um sistema de sujeitos, mas, pelo contrário, por ser um conjunto de nexos funcionais que unem ações, tipologias e estratégias de ações, que se articulam em uma rede móvel de subsistemas. A interdependência sistêmica alcançou níveis de complexidade que se tornaram invisíveis aos sujeitos individualmente, de tal modo que ninguém consegue observar sua totalidade.<sup>270</sup>

Nessa acepção, o contrato não se configura simplesmente por ser um instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas, funciona como verdadeiro símbolo de determinada ordem social na sua complexidade. O contrato, doravante, não será apenas o aspecto de transição, em oposição a figura do *status* medieval, mas, para além disso, será o símbolo legitimador das sociedades nascidas das revoluções burguesas.<sup>271</sup>

Além disso, Barcellona assinala o papel da carência do ser humano como outro aspecto importante para a caracterização da sociedade moderna. Assim, entende que a carência deixa o homem exposto aos perigos do mundo que o rodeia, necessitando de algo que lhe garanta segurança, um mínimo de segurança frente às ameaças que se estabelecem a partir da natureza. Portanto, o homem constrói um

---

<sup>269</sup> “Nos encontramos frente a una institucionalización de la vida humana sin precedentes. Nunca como en esta fase el hombre está acosado por reglas, incluso en los ámbitos más privados de su vida, en los más tradicionalmente íntimos” BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p.125.

<sup>270</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 129.

<sup>271</sup> Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto, a sociedade do séc. XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de status, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo dos seus valores e dos seus princípios (da livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do "antigo regime", com os seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 28.

muro entre ele e tudo que possa ser orgânico, substituindo-o pelo máximo de inorgânico possível, ou seja, pelo que Barcellona chama de “Instituição” que produzirá e reproduzirá justamente esse mundo artificial que protege e dá segurança ao homem.<sup>272</sup>

De certo modo, a busca do ser humano pelas instituições poderia ser uma forma de diminuir seus medos e as dificuldades de sobrevivência, estabelecendo um elemento que o autorize a se afastar da vida orgânica, estabelecendo parâmetros artificiais de existência, leis próprias que o distinguem e afastam da natureza.

O que se pretende afirmar é que o desenvolvimento da técnica e da razão permitiu ao ser humano que se libertasse - progressivamente - das exigências primordiais e do reino das necessidades naturais da existência.<sup>273</sup> Mais que isso, a razão e a técnica permitiram uma libertação das amarras presentes na sociedade organizada segundo o princípio da estratificação social, evoluindo até a diferenciação funcional, sem vínculos ou interdependências pessoais.<sup>274</sup>

O outro lado da moeda da carência humana promove sua individualização. Assim, Barcellona sinaliza que

*precisamente en la época en la que la unicidad del sujeto parece fragmentarse en una pluralidad de estatutos, simultáneamente se consigue la máxima indeterminación del individuo. El individuo, en efecto, no puede ser determinado ya por la figura unitaria del sujeto, titular de pretensiones y de derechos, sino que al contrario, se distiende en la multiforme realidad de la existencia a la que corresponden estrategias de acción que pone a su disposición un sistema altamente diferenciado.*<sup>275</sup>

Embora exista aparente contrariedade entre a difusão do individualismo e o desaparecimento do sujeito, Barcellona leciona que na realidade

*entre el individualismo originario del derecho de propiedad privada y de la libre iniciativa y el individualismo (actual del consumidor) de masas del hombre narcisistamente orientado hacia una infinita gratificación de sus propios deseos, existiría una relación de continuidad sustancial y se trataría más bien de analizar mejor los pasos que han determinado la progresiva transformación del individuo unitario, sujeto de derecho, en individuo-masa*

<sup>272</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 129.

<sup>273</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 130.

<sup>274</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 131.

<sup>275</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 132.

*multiforme y fragmentado en la pluralidad de las necesidades y los deseos.*<sup>276</sup>

Destaca também, que o perfil do consumidor atual é aquele que busca a sua satisfação plena a partir da quantidade de objetos adquiridos e até mesmo a imagem liberal clássica do indivíduo proprietário foi, progressivamente, substituído pela propriedade de objetos de consumo. Assim, a liberdade individual se expressa pela capacidade de eleição de objetos a serem consumidos, deixando para um segundo plano os papéis de trabalho ou os produtos expostos a venda. O que se evidencia é uma realidade mercantilizada que desestrutura o indivíduo e lhe estabelece espaços de consumo.<sup>277</sup>

Doravante, pode-se identificar um processo de massificação diretamente relacionado à concepção originária do homem enquanto sujeito de direito e o princípio de igualdade formal, e a subjetividade decorrente desse modelo. Destarte, a proposição é de que o individualismo de massas *“que aparentemente conduce a la negación de la forma de la subjetividad jurídica, es sin embargo una consecuencia del desarrollo de los principios organizativos inherentes a la concepción originaria del individualismo posesivo propietario de la moderna ideología burguesa.”*<sup>278</sup>

Sob ese prisma, Barcellona afirma que o individualismo indeterminado e de massas contemporâneo é herdeiro do individualismo possessivo descrito por Hobbes e Locke, preponderante naquela época para romper com a velha ordem, que se determinava por um encontro com a experiência. Naquela perspectiva, o homem se libertaria da experiência pela modernidade, o que, na visão de Barcellona *“también condenó al hombre a convertirse luego en un apéndice de la res, es decir, de la propiedad.”*<sup>279</sup>

Assevera, portanto, que

*la propiedad se ha transformado, de cualidad determinante (entendida en sentido fuerte como exteriorización creativa, proyección espacial de la identidad individual), en principio organizativo del sistema. El sistema es quien es propiedad; es el sistema el que produce ilimitadamente para el consumo y fuera de esto no conoce ningún otro criterio de organización de las relaciones humanas. La lógica de la cantidad, la prevalencia de los*

<sup>276</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 132.

<sup>277</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 133.

<sup>278</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 134.

<sup>279</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 134.

*números, la carrera desenfrenada hacia la cantidad; ése es el mundo del consumo de masas. Pero como las cantidades no identifican, el sistema nos devuelve un individualismo débil. Éste es el individualismo moderno, pero no porque el pensamiento sea débil, sino porque la organización es furte y nos devuelve un individualismo en el que la única posibilidad de identificación del hombre es mediante el consumo. La propiedad se ha transformado de poder en consumo: el individualismo moderno es el individualismo del consumo.*<sup>280</sup>

O que se encontra a partir disso é a concepção mecânica de sociedade, presente em ideias como a da sociedade-máquina, do organismo-máquina ou até mesmo do corpo-máquina, como uma sociedade auto referencial e do indivíduo como uma estrutura emergencial, diretamente vinculada aos terminais do sistema de produção.<sup>281</sup> Deste modo, a qualificação do sujeito permanece sempre exterior ao indivíduo, de tal modo que *“el sujeto está constituido por el derecho; no se da inmediatamente en la realidad de la experiencia de un discurso específico: el discurso jurídico. Entre la forma del sujeto y la realidad del individuo se abre un abismo.*<sup>282</sup>

Somente a partir dessa compreensão de externalidade e de artificialidade da concepção de sujeito e indivíduo é possível compreender o protagonismo da autonomia e do económico como algo não natural, mas, por outro lado, enquanto decisão efetivamente política, de escolha política. Barcellona, afirma que

*a consciencia de ruptura, de un salto, de un giro histórico es constitutiva de la idea de un mercado general como modo nuevo de satisfacción de las necesidades, respecto a los sistemas de satisfacción ligados a organizaciones personales y jerárquicas, a formas de subsistencia y de reparto según privilegios y concesiones.*<sup>283</sup>

Ademais, o destino da propriedade e da liberdade, fundamentadas na separação dos objetos, da natureza e do trabalho pelo fluxo da vida individual, confirma-se no moderno individualismo de massas, legitimando a possibilidade de – atualmente – estabelecer-se como a escolha pelo consumo. Para que isso seja possível, o Estado precisa ser compacto,

<sup>280</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 134.

<sup>281</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 138.

<sup>282</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 139.

<sup>283</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 139.

*en la dimensión no ya del viejo Estado de derecho como regla del juego, sino de un sistema económico, un nuevo orden objetivo, una nueva necesidad, basada hoy en las leyes de la economía, que incorpora dentro de sí a la ciencia y a la técnica. Por otro, todo lo que excede es abandonado al terreno de lo ocasional, imprevisto e imprevisible, lo nuevo, es el terreno de la emergencia, es decir, el terreno de la ley caso por caso. La emergencia se convierte por tanto en la dimensión permanente del vivir cotidiano frente a una forma que ha cortado todos sus nexos con el sistema de los mundos vitales, de la vida cotidiana.*<sup>284</sup>

Barcellona, aponta que é necessário produzir uma cultura capaz de fazer uma forte crítica a emergência e a urgência acelerada que convive na sociedade atual. Defende que:

*el movimiento obrero ha conducido su batalla contra el individualismo propietario, y ciertamente ha contribuido de modo decisivo a la difusión del bienestar, pero ha producido un inmenso proceso de homologación con la lógica del acceso cada vez más dilatado al consumo de masas. El obrero de la moderna sociedad tecnológica no se percibe como víctima de la explotación, y ni mucho menos parece dispuesto a aceptar los vínculos de la solidaridad de clases que han permitido la intervención redistributiva del Estado social*<sup>285</sup>

Afastando-se da solidariedade de classe, o indivíduo se movimenta em um mundo de consumo em busca de recompensas e prazer pessoal, dividindo os corredores de assustadores supermercados de objetos inúteis.<sup>286</sup>

O consumo de coisas inúteis produzirá uma nova marca para a sociedade, presente em seu caráter descartável e no resíduo, proveniente do cotidiano desse projeto de individualismo massificado de consumo. Assim, o resíduo será o signo que expressa a ambivalência entre a relação sujeito e objeto que se tenta superar e, ao mesmo tempo, e que para além do sistema há um "irredutível" não relegável a totalidade do mundo das urgências existenciais de consumo. O ponto chave será pensar maneiras de traduzir tais urgências em propostas de estratégia político-institucional.<sup>287</sup>

<sup>284</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 143.

<sup>285</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 145.

<sup>286</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 145.

<sup>287</sup> BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo propietario*. Madrid. Trotta. 1996. p. 147.

## 3.2 Aspectos conceituais do superendividamento

Tendo em vista as considerações realizadas sobre a transição do individualismo proprietário para o individualismo da massa observa-se um crescente consumo e um novo posicionamento do cidadão enquanto consumidor. Por certo que a condição de consumidor, por si só, não é o foco deste trabalho, mas, sim, trata-se de avaliar as possibilidades de um consumo ter efeitos negativos sobre o consumidor, principalmente quando lhe ocasione endividamento.

Assim, para melhor compreender as consequências do consumo na sociedade de individualismo de massas, é oportuno realizar uma análise histórica do (super)endividamento, assim como delinear seu conceito e principais características.

### 3.2.1 Considerações históricas sobre o (super)endividamento

A sociedade de consumo que se observa a partir da consolidação de um individualismo de massas provoca, como nefasta consequência, a possibilidade real de superendividamento de grande parte da população que não consegue honrar seus compromissos financeiros, manifestando-se como uma nova forma de desigualdade do sistema capitalista.

Observa-se, inicialmente, que a palavra crédito, de origem latina, traduz-se por “ter confiança”. Assim, a concepção geral do crédito é a de que o credor possui a confiança em que o devedor pagará o devido conforme o que foi preestabelecido. Ocorre, no entanto, que existe uma concepção negativa do endividamento em virtude da concepção negativa do próprio crédito proveniente de uma visão moralista de influência católica que procura associar a imagem negativa do crédito com a usura do credor e a um certo fracasso moral do devedor.<sup>288</sup>

Batello, neste aspecto, amplia o tema ao compreender que a evolução do endividamento – tanto no direito romano quanto atualmente – está diretamente

---

<sup>288</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012.

vinculada a noção de crédito, que possui, entre seus pressupostos, a confiança na palavra e na solvência do outro, geralmente apoiada num sistema mais ou menos complexo de garantias.”<sup>289</sup>

Ademais, a análise dos primórdios de Roma revela que

quando alguém tomava dinheiro emprestado, obrigava a si mesmo, sua família e seus bens relativamente ao credor. Assim, para o direito primitivo, anterior à Lei das XII Tábuas, (450 a.C.), o inadimplemento dessa obrigação era considerado uma espécie de delito, autorizando o credor a fazer justiça pelas próprias mãos e atingindo diretamente a pessoa do devedor (inclusive a no que dizia respeito à sua própria vida). [...] a situação começou a mudar com a *Lex Poetelia Papiria* (428 a.C.), que aboliu, em reação aos empréstimos em dinheiro, a obrigação pessoal. A partir dessa lei, são os bens do devedor e não o seu corpo a garantia de suas dívidas, como ocorria anteriormente.<sup>290</sup>

Ainda segundo Batello, destacam-se as evoluções jurídicas como

a *bonorum venditio* (venda de bens), que determinava a venda em bloco dos bens do devedor; a *bonorum cessio*, criada pela *Lex Julia*, que estava destinada ao devedor infeliz, cuja impossibilidade de pagar não advinha de truculência ou improbidade, mas do infortúnio de seus negócios, possibilitando-lhe que se liberasse de suas obrigações, abandonando seu patrimônio entre os credores; e uma série de soluções pré-concursais que foram aparecendo mais adiante, como a intervenção de terceiro, moratórias, geralmente conhecidas como *litterae s. induciae quinquennales*, por serem outorgadas por cinco anos e a espera ou dilação concedida pelos próprios credores.”<sup>291</sup>

Por volta de 180 d.C. com o declínio do império romano, as invasões bárbaras e a decorrente transformação da cultura europeia, pode-se destacar um retrocesso no que diz respeito ao trato do endividamento e a insolvência. No caso do endividamento, o *direito visigótico* utilizava o processo de execução pessoal e a prisão por dívidas, possibilitando a coação direta do credor sobre o devedor para conseguir o pagamento; caso o inadimplemento continuasse, mesmo após a prisão, o devedor era considerado civilmente morto, isto é, não possuía vontade jurídica

<sup>289</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.212.

<sup>290</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.213.

<sup>291</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 214.

para contrair obrigações e adquirir direitos; tampouco existia um sistema de concurso de credores, como outrora existiu no sistema romano clássico.<sup>292</sup>

Além do retorno dos processos de execução pessoal e a prisão por dívidas, o declínio do império romano resultou no controle da aristocracia fundiária que gerou a miséria e o endividamento dos pequenos camponeses que passaram a se submeter a um sistema cada vez maior de dependência pessoal.<sup>293</sup>

Outro momento marcante para a evolução dos institutos jurídicos de proteção está presente no período compreendido entre 1050 e 1200 d.C., como sendo um período de retomada dos estudos do direito romano, em virtude da criação das universidades e o poder crescente da Igreja Católica. Esse processo gerou a base dos sistemas jurídicos nacionais, além do aumento da atividade comercial de forma significativa, permitindo que os mercadores aplicassem suas próprias regras: a *Lex Mercatoria*.<sup>294</sup>

Além disso, o direito canônico procurou recuperar a dignidade do devedor, além da busca de certo equilíbrio contratual, baseado em uma concepção de justiça e do “preço justo” no combate a usura.<sup>295</sup>

Nesse sentido, referencia-se que foram os juristas desse período que sistematizaram a Lei da Usura, uma vez que os textos bíblicos já traziam passagens em que se condenava o empréstimo a juros. Batello<sup>296</sup>, no entanto, recorda que, a partir do século XII certas operações financeiras e recursos de créditos passaram a vigorar, distinguindo-se da prática da usura.

Inicialmente, foram tolerados juros cobrados aos inimigos ou vassalos. Com o tempo, começaram a ser aceitos juros naqueles casos em que o credor, como

---

<sup>292</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 215.

<sup>293</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 191.

<sup>294</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.217.

<sup>295</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 191.

<sup>296</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.217.

resultado do empréstimo concedido, ficava privado de algum lucro que poderia ter obtido de outra forma. Para tanto, empregou-se o termo romano de juros (interesses) enquanto configuração de uma carga legal para o empréstimo em dinheiro, em distinção do termo usura, que era tido como pecado pela Igreja Católica. Schmidt Neto, neste sentido, reporta que o papel dos reformadores tratou, justamente, de não mais coibição, mas, por outro lado, incentivar a moderação no empréstimo a juros.<sup>297</sup>

Na legislação portuguesa, a primeira norma que procurou dar tratamento ao problema dos endividados está no Regimento da Casa Real de 1258, que sob influência visigótica autorizava a prisão por dívidas. Com as Ordenações Afonsinas de 1426, observam-se alguns avanços, dentre os quais se destaca a exigência de que a condenação judicial e a execução patrimonial precedessem a prisão por dívidas, assim como, a possibilidade do Rei conceder moratórias pelo prazo máximo de cinco anos, para os devedores que apresentassem um fiador solvente e tivessem motivos justos para a mora.<sup>298</sup>

Além disso, cabe referenciar o Alvará de 1756, editado pelo Marques de Pombal, que se demonstrou ser um retrocesso ao alterar o Livro V, Título LXVI, das Ordenações Filipinas, ao condenar os insolventes a penas severas, dentre as quais se destacam a pena de morte e o degredo ao Brasil.<sup>299</sup>

A entrada do Brasil na modernidade ocorreu por duas vias. Nas cidades ocorrem processos similares aos que ocorriam na Europa (permitindo a formação das ideologias e as supra estruturas políticas do mundo trabalhista), enquanto que o campo permanecesse ainda vinculado ao passado (continua obedecendo-se à vontade dos grandes proprietários latifundiários). Sobre esse tópico, Batello analisa que

a nova produção industrial pressupõe a existência de duas coisas: capital e mão-de-obra. Europa fornece as duas. Capital, geralmente por inversões privadas para infraestrutura, e mão-de-obra por meio de grandes imigrações de fins do século XIX e começo do século XX, absorvidos na maior parte pelas cidades que crescem descontroladamente. Esta reserva quase

---

<sup>297</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento*: do código de defesa do consumidor ao código civil. Curitiba: Juruá, 2012. p. 192.

<sup>298</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento*: do código de defesa do consumidor ao código civil. Curitiba: Juruá, 2012. p. 192.

<sup>299</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento*: do código de defesa do consumidor ao código civil. Curitiba: Juruá, 2012. p. 192.

ilimitada de mão-de-obra fez com que os salários se mantivessem sempre em níveis muito estáveis (e obviamente baixos). Assim, a nova classe proletária que surge do processo de industrialização não consegue melhorar sua renda. Com uma economia de subsistência, os trabalhadores brasileiros continuam a utilizar o crédito basicamente para honrar suas dívidas de consumo com o *plus*, perverso, de um sistema jurídico baseado na já antiga legislação portuguesa.<sup>300</sup>

Neste sentido, no que diz respeito a proteção dos endividados no Brasil, cabe destacar o comentário de Batello<sup>301</sup>, para quem a evolução dos endividados civis brasileiros é a *história dos “esquecidos”*, uma vez que, mesmo com os acontecimentos significativos do final do século XIX e começo do século XX que tiveram grande relevância para a consolidação do país, não houve melhora para as condições dos endividados não comerciantes ou que não formavam parte dos grupos de elite. Mesmo com o fim da escravidão<sup>302</sup> em 1888 e a intensificação dos investimentos estrangeiros no Brasil e a mudança do sistema de produção colonial para um incipiente sistema de produção industrial, não houve mudanças significativas na situação social da população.

No mesmo sentido, Schmidt Neto relata que

enquanto o falido comerciante recebe tratamento desde o Código Comercial de 1850, com significativas evoluções em seu tratamento, superendividado foi simplesmente esquecido. [...] o projeto de Código Civil, de Teixeira de Freitas, redigido entre 1860 e 1865, continha uma previsão em seu plano originário, na ‘Parte Especial’, um Livro II que tratava do ‘Concurso de credores’ dedicado aos endividados. Contudo, o chamado ‘esboço’ não foi aprovado por ser considerado audacioso demais. O CC de 1916, como se sabe, baseado em ideologias liberais, previu um procedimento de simples liquidação do patrimônio do devedor que possuísse um passivo superior ao ativo, conforme Tít. IX, arts. 1.554 a 1.569.<sup>303</sup>

<sup>300</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.223.

<sup>301</sup> BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.221.

<sup>302</sup> “o fim da escravatura não melhorou a condição social dos ex-escravos. Sem formação escolar nem profissão definida, para a maioria deles a simples emancipação jurídica não mudou a sua condição subalterna, muito menos ajudou a promover sua cidadania ou ascensão social.” BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 222.

<sup>303</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 194.

Antes do Estado Social, os direitos fundamentais eram aqueles previstos na Constituição, e eram exercidos, tão somente, pelo sujeito diante do Estado. Como já destacado no primeiro capítulo, nas relações da esfera privada não havia influência ou se cogitava a aplicação dos direitos fundamentais, pois eram consideradas como comandadas apenas pela autonomia da vontade *pacta sunt servanda*.

Em certo sentido, promoveu-se um verdadeiro abismo entre a legislação infraconstitucional e o Direito Público. Cabia ao Direito do Estado apenas garantir as liberdades mais básicas para os seus cidadãos, o que com o passar do tempo ocasionou grande disparidade entre as grandes e poderosas corporações e os consumidores.

Contemporaneamente se observa que a legislação brasileira não conseguiu dar o salto necessário a melhor proteção do superendividado, como por exemplo no Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/1990), no Código Civil de (lei n.º 10.406/2002) e na Lei de Falências (lei n.º 11.101/2005.).

### **3.2.2 Conceito de Superendividamento**

O economista francês Charles Gide que viveu a transição do século XIX para o XX, advertia que o crédito poderia se tornar muito perigoso para aquele que o utilizava, existindo um crédito mais perigoso ainda, qual seja, aquele que teria a finalidade de facilitar o consumo. Tais perigos consistiam justamente em estimular ao gasto as pessoas pouco prevenidas ou pouco experientes em matérias de cálculos relativos ao equilíbrio do orçamento familiar; ou aquele consistente no aumento dos preços das mercadorias, tendo em vista a necessidade dos comerciantes de compensarem os riscos do não-pagamento por meio de um seguro revestido de majoração de preços.<sup>304</sup>

Esse relato em muito contribui para uma melhor conceituação do superendividamento, como pode se observar no pensamento de Marques que define

---

<sup>304</sup> COSTA, Geraldo de Farias Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.231.

o superendividamento como sendo a “impossibilidade do devedor, pessoa física, leigo e de boa fé, pagar suas dívidas de consumo”.<sup>305</sup>

No mesmo sentido, Schmidt Neto lembra que

a legislação francesa define o superendividamento expressamente no art. L. 330-1 do *Code de la Consommation* como: “a situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas.”<sup>306</sup>

Marques & Frade, a partir da realidade portuguesa, conceituam que

sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência dos particulares, diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas. Uma parte da doutrina considera ainda como sobreendividamento as situações em que o devedor, apesar de continuar a cumprir os seus compromissos financeiros, o faz com sérias dificuldades.<sup>307</sup>

Outro ponto de destaque para a melhor conceituação é que devido a complexidade do tema, não é possível identificar um valor mínimo de débito que possa delimitar o devedor como superendividado, pois, conforme se observa pelos conceitos tratados, é preciso realizar uma comparação entre o ativo e o passivo do indivíduo e de seu grupo familiar, atentando para as particularidades de cada caso, como, por exemplo, suas necessidades básicas.<sup>308</sup>

Cabe lembrar que nem todos os casos de descumprimento das regras contratuais ensejam no superendividamento, pois, “embora o endividamento excessivo gere a inadimplência, o inverso não é necessariamente correto.”<sup>309</sup>

<sup>305</sup> MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoa física em contratos de crédito ao consumo. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 55, Jul/Set de 2005. p.11-52.

<sup>306</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 242.

<sup>307</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **Regular o sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf?nocache=1210675423.37>>. Acesso em: 20 jan. 2015. p.4.

<sup>308</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 243.

<sup>309</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 243.

O que se pretende evitar é a confusão com os casos em que há o mero descumprimento do pagamento ou as situações guiadas pela má-fé. Por certo que o intento deste estudo é a promoção e aproximação entre os Direitos Fundamentais e o consumidor superendividado, condição que estabelece como pressuposto sua a boa-fé. Neste sentido, a doutrina trabalha com a noção de pressupostos, complementares ao conceito de superendividamento, frente ao silêncio da legislação pátria. Mais que isso, Schmidt Neto aponta que

o curioso é que a iminência da exclusão social é muito maior nos países que não possuem lei sobre o superendividamento – como o Brasil – enquanto países com uma desigualdade social evidentemente menor já, há algumas décadas, possuem lei sobre o assunto.<sup>310</sup>

No tocante aos pressupostos caracterizadores do superendividamento, compreende-se que sejam: tratar-se de *pessoa física* cujas dívidas não decorram de sua *atividade profissional*. Esta proibição decorre da compreensão sobre a finalidade da proteção, qual seja, conter a proliferação do crédito desmedido ao consumo. Quanto a *natureza do crédito*, pode ser proveniente de débitos contratuais ou legais, excluindo-se apenas os referentes aos de natureza alimentar e de multas penais reparatorias.<sup>311</sup>

Frente à complexidade do tema, já se observou pela impossibilidade de se estabelecer um *valor* para se caracterizar o superendividado. Para além disso, observa-se a *impossibilidade manifesta*, expressão retirada da doutrina francesa, pois para que se configure como tal,

deve-se fazer um estudo do ativo patrimonial mobiliário e imobiliário, mais a renda mensal familiar e diminuir o passivo acumulado, bem como seus encargos, mais os gastos decorrentes do mínimo vital. A diferença negativa e um resultado que evidencie a impossibilidade de cumprimento, demonstrando a tendência de aumento do passivo daquela família, caracterizam a situação.<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 246.

<sup>311</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 247.

<sup>312</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 248.

Note-se que quando for possível honrar a dívida, por qualquer meio idôneo, não se poderá enquadrar como superendividamento. Além disso, a referência ao mínimo vital propõe um montante mínimo que permita a sobrevivência digna do devedor.

Outro pressuposto está relacionado à presunção da boa-fé, comprovada pela avaliação de declarações inverídicas, despesas supérfluas, pela tentativa de fraude por meio de dissimulação da situação econômica familiar, etc. Neste ponto, a

jurisprudência francesa costuma levar em consideração ' o número de empréstimos; o montante e a destinação dos fundos; notadamente o seu caráter suntuoso; os motivos que conduziram ao endividamento; o nível intelectual que impede a ingenuidade e a torna inescusável; o perfil sócio-profissional, etc.'<sup>313</sup>

Estes são, portanto, os pressupostos que caracterizam o conceito de superendividamento, no intento de proporcionar abrangência e coerência na proteção dos consumidores efetivamente superendividados. Assim, pode-se passar a análise da classificação do superendividamento.

### **3.2.3 Superendividamento Ativo**

Com base na jurisprudência francesa, tem-se compreendido que quando o consumidor se coloca em uma situação de dívida de maneira voluntária, está-se diante de um superendividamento ativo. Esta figura decorre muitas vezes da má gestão do orçamento familiar, situação em que o consumidor, induzido por estratégias de marketing ou por necessidades e desejos de consumo, tende a adquirir dívidas que são superiores as suas condições econômicas.

Schmidt Neto ainda apresenta uma subdivisão, entre o superendividamento ativo consciente e inconsciente. Assim,

o consciente é aquele que, de má-fé, contrai dívidas convicto de que não poderá honrá-las, visando ludibriar o credor e deixar de cumprir sua prestação sabendo que o outro contratante não terá como executá-lo. Isto é,

---

<sup>313</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 249.

a intenção do devedor, desde a contratação, já era a de não pagar. Age com reserva mental.<sup>314</sup>

Este superendividado não apresenta o pressuposto necessário da boa-fé, portanto não pode ser visto como um superendividado e, em decorrência disto, não recebe o apoio estatal para sua recuperação.

A outra possibilidade é o superendividamento ativo inconsciente, situação em que o consumidor age impulsivamente e que,

de maneira imprevidente, deixou de fiscalizar seus gastos. É o consumidor imprevidente que, embora não tenha sido acometido por nenhum fato superveniente, terminou por superendividar-se por pura inconsequência e não com dolo de lograr, enganar.<sup>315</sup>

A figura que se encontra presente no superendividamento ativo inconsciente é a do filho pródigo em uma versão contemporânea, bombardeado pelas campanhas de marketing de produtos supérfluos e desnecessários. Porém, a doutrina sinaliza a linha tênue que, por vezes, separa a boa-fé imprudente da ação fraudulenta.<sup>316</sup>

Neste sentido, um argumento forte em favor dos defensores do superendividado ativo inconsciente, está no caráter apelativo das campanhas publicitárias, que procuram analisar – de maneira científica - o comportamento do consumidor e induzi-lo ao consumo.

### **3.2.4 Superendividamento Passivo**

A outra forma de observar o superendividamento é pela perspectiva passiva, ou seja, quando alguém é acometido de um imprevisto da vida moderna, ou seja, a

---

<sup>314</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 252.

<sup>315</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 252.

<sup>316</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 253.

dívida é proveniente do desemprego, da doença que acomete uma pessoa da família, pela separação do casal, entre outros.<sup>317</sup>

Assim, compreende-se que se trata de causas externas que alcançam o consumidor que não possui muitos recursos ou provimentos para estas instabilidades ocasionais. As consequências para o superendividado passivo são nefastas, pela potencial incapacidade de reestabelecimento do equilíbrio financeiro e por seu grau elevado de vulnerabilidade, sendo certo que, por vezes,

contrata a crédito por não ter opção, quase que em estado de necessidade, aceitando qualquer taxa de juros. E nem por isso deixa de ser aceito por algumas financeiras que veem, além da iliquidez daquele cliente marginal, que, embora falido será um eterno devedor a juros exorbitantes, trabalhando para amortizar a dívida.<sup>318</sup>

Conforme Cláudia Lima Marques, citada por Schmidt Neto,

os dados que levantamos nesta pesquisa piloto de 100 casos comprovam que os consumidores no Rio Grande do Sul não são 'endividados ativos', ou seja 'consumistas' que gastam compulsivamente mais do que ganham ou que não sabem administrar bem as possibilidades do cartão de crédito e as facilidades de auto-financiamento de hoje. Ao contrário, mais de 70% deles são superendividados passivos, que se endividaram em face de um 'acidente da vida', desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos, etc. (desemprego 36,2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros, como nascimento de filhos, 9,4%).<sup>319</sup>

Neste sentido, faz-se necessário pensar neste contingente populacional que permanece desprovido de sua dignidade e cerceado em seus direitos fundamentais. A questão do consumo não está mais vinculada a análise meramente econômica, mas se tornou um obstáculo a concretização dos direitos fundamentais, exigindo-se respostas legais e políticas no sentido de diminuir as desigualdades e promover o equilíbrio social.

---

<sup>317</sup> PRADO, Alessandro Martins. A proteção do consumidor superendividado. Revista Interativa. Jales: Empório da Arte, ano I, nº 01, Abril de 2006. p. 14.

<sup>318</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 257.

<sup>319</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 258.

## **4 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO**

A partir dos elementos apresentados nos capítulos anteriores na busca por compreender melhor o fenômeno do superendividamento do consumidor, agora é possível lançar outras perspectivas para o tema, iniciando esta tarefa pela comparação com a experiência francesa. O segundo ponto deste capítulo diz respeito ao projeto de Lei n.º 283/2012 que lança novas perspectivas para o caso do superendividamento no Brasil e as possibilidades de sua proteção, e, por fim, tem-se uma análise da tutela jurisprudencial do Mínimo Existencial do consumidor superendividado.

Apesar dos desafios, é claramente possível buscar soluções legais e jurisprudenciais, e, também, no direito comparado, e em uma nova legislação que efetivamente proteja o consumidor superendividado, permitindo o próximo passo da cidadania na era da constituição: qual seja, o da luta pelo reconhecimento das diferenças buscando a materialização dos direitos fundamentais com relação aos direitos do consumidor superendividado, buscando analisar a Teoria do Mínimo Existencial, entre outras possíveis soluções.

### **4.1 A experiência do Direito Comparado na prevenção e proteção contra o superendividamento: o caso Francês**

O superendividamento do consumidor é uma preocupação posta a todos os países capitalistas e, por consequência, a todos os ordenamentos jurídicos. Assim, é salutar realizar o estudo de legislação alienígena, da qual se optou em analisar o caso da França, por suas peculiaridades serem interessantes para a comparação com o Direito Brasileiro.

Rodrigues Junior lembra que

na grave crise econômica alemã do primeiro período pós-guerra, muitos devedores foram levados à condição de insolvência. Essa circunstância abriu as portas dos tribunais para a teoria da alteração da base do negócio jurídico e inaugurou-se um intenso contencioso no campo da revisão

contratual. Essas pretensões eram fundadas em um problema macroeconômico. O Brasil desenvolveu, ao contrário da experiência alemã do primeiro quartel do século XX, um filtro jurisprudencial contra idênticas pretensões. Os tribunais brasileiros, como já se demonstrou após uma rigorosa pesquisa empírica, consideraram que são eventos previsíveis — e, portanto, não determinantes de revisão do contrato — a mudança de padrão monetário (RT634/83); a inflação (RT388/134; RT655/151; RT659/141; RT 654/157; RT 643/87); a recessão econômica (RT 707/102; RT 697/125); os planos econômicos (RT 788/271); o aumento do déficit público; a majoração ou a minoração de alíquotas; a variação de taxas cambiais; e as desvalorizações monetárias.<sup>320</sup>

Interessante destacar a leitura do art. L.330-1, que conceitua o superendividamento:

de acordo com a legislação francesa, que tem sido a base de fomento do tema no Brasil, por já estar mais evoluída quanto ao tratamento do assunto, no art. L.330-1 do Code de la Consommation, superendividamento é definido como sendo: ‘A situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas’.<sup>321</sup>

Neste sentido, observa-se que o Código de Consumo (*Code de la consommation*), em seu artigo L.313-12, estabelece que:

a execução do devedor pode, em particular, em caso de demissão, ser suspensa por ordem do juiz, nas condições previstas nos artigos 1244-1 a 1244-3 do Código Civil. A ordem pode decidir que, durante o período de graça, os valores devidos não terão juros cobrados. Além disso, o juiz pode determinar a seu modo as condições de pagamento dos montantes que serão devidos no final do período de suspensão, o pagamento final não pode exceder mais de dois anos o prazo inicialmente previsto para o reembolso do empréstimo e pode, contudo, ser adiado neste ponto dependendo da decisão sobre estes termos, até o fim do período de suspensão.<sup>322</sup>

<sup>320</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Conselho francês rege casos de superendividamento. **Direito comparado**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>> Acesso em: 20 jan 2014.

<sup>321</sup> POSTIGUILHONE, Áquila de Paula; FEVERSANI, Francini; ALMEIDA, Marcos V. de. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8076&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8076&n_link=revista_artigos_leitura) > Acesso em: 25 jan 2014.

<sup>322</sup> Tradução livre de: ‘L’exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d’instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L’ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt. En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu’au terme du délai de suspension.’

O que se depreende pela leitura deste artigo é um conjunto de possibilidades ou situações em que o juízo, avaliando a proeminência de uma condição de inadimplência não dolosa, assim como as consequências negativas dessa condição, pode conceder um “período de graça”, período em que se suspende o pagamento da dívida e a não incidência de juros, a partir da concessão da moratória civil, pelo prazo de dois anos.

Tal possibilidade não se coloca para quaisquer dívidas, mas apenas para aquelas cujo requerimento exponha os fatos, as circunstâncias, bem como o valor a ser suspenso, além do que, durante o período de suspensão da dívida, certamente, deverá haver um planejamento de contas para o pagamento das dívidas, até mesmo em virtude da possibilidade do juiz estabelecer as condições em que se fará o pagamento ao final do período de suspensão.

Ademais, observa-se que, no final do período, o somatório pode manter o consumidor na mesma situação, atrasando a liberação de suas obrigações, nestes casos:

o plano é solicitado pelo devedor e pode conter: abatimento ou redução de juros, remissão de valores, consolidação ou substituição de garantias e formas de sua execução. Caso o devedor não preencha os requisitos ou em 60 dias não se chegue a um acordo pode-se iniciar a insolvência. Como no caso da Diretiva do Conselho, a lei francesa prevê uma aplicação estrita e estreita do conceito de consumidor.<sup>323</sup>

Ademais, Rodrigues Junior assevera que

o *Code de la Consommation*, na República Francesa, cuida da oferta de crédito e dos contratos imobiliários, com normas protetivas aos consumidores na fase pré-negocial — coibindo a propaganda abusiva e estabelecendo a plena eficácia do dever lateral de informação — e sancionando violentamente os abusos, como a perda do direito à percepção de juros. Há um controle rígido sobre as formas de cobrança das dívidas, conservando a imagem e a honra do devedor em face de métodos agressivos utilizados pelos credores. E, na hipótese de endividamento excessivo ou da superveniência de ruína econômica, é estabelecido um complexo sistema de renegociações e de tutela patrimonial do devedor.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral, in *Direito do Consumidor*. n 17, jan/mar de 1996, São Paulo: RT. p. 60.

<sup>324</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Conselho francês rege casos de superendividamento. **Direito comparado**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>> Acesso em: 20 jan 2014.

### Outro ponto importante presente no Código Francês é que

os artigos L.331-1 e L.331-2 do Código de Consumo francês preveem a instituição de um conselho de superendividamento dos devedores, formado por representante do Estado, de órgão fazendário, do Banco Central, da Associação Francesa de Estabelecimentos de Crédito e das associações de defesa da família ou dos consumidores. A esse comitê cabe examinar os casos de superendividamento das pessoas naturais.<sup>325</sup>

Há de se observar que a legislação francesa não delimita a natureza do crédito, podendo envolver tanto débitos contratuais quanto legais, exceto os de natureza alimentar e multas penais reparatorias. Assim, destaca-se que:

as dívidas fiscais eram excluídas antes de 2003, mas a reforma francesa em seu diploma legal incluiu essa possibilidade. Uma última característica fundamental para que o consumidor endividado receba os benefícios da tutela é a boa-fé. O Estado somente deverá conferir auxílio aquele que demonstrar que o seu excessivo endividamento não resulta de ato intencional, regado de má-fé, mas de decorrência de fatores supervenientes que o conduziram, inevitavelmente, à situação de fato e que possui interesse preponderante em saldar seus débitos, só que não encontra meios para fazê-lo.<sup>326</sup>

Rodrigues Junior, nesse sentido, assinala que:

no Direito francês, o superendividamento é caracterizado por dois elementos característicos: a) impossibilidade manifesta de cumprimento de obrigações não profissionais pelo devedor; b) a conduta subjetiva de boa-fé do devedor, o que pré-exclui a contratação maliciosa de dívidas com o intuito de não pagamento. É exemplo ordinário de má-fé do devedor a situação em que um indivíduo faz compras sequenciais em lojas de alto luxo, até o limite do cartão de crédito, sabendo que não as pode pagar e que depois invoca a proteção das regras do Código de Consumo.<sup>327</sup>

Observe-se ainda o art. L.331-6, que informa:

Artigo L.331-6 A função da Comissão consistirá em conciliar as partes com vistas à elaboração de um plano convencional de reestruturação aceito pelo

<sup>325</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Conselho francês rege casos de superendividamento. **Direito comparado**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>> Acesso em: 20 jan 2014.

<sup>326</sup> POSTIGUILHONE, Áquila de Paula; FEVERSANI, Francini; ALMEIDA, Marcos V. de. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8076&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8076&n_link=revista_artigos_leitura) > Acesso em: 25 jan 2014.

<sup>327</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Conselho francês rege casos de superendividamento. **Direito comparado**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>> Acesso em: 20 jan 2014.

devedor e seus principais credores. O plano poderá conter medidas de deferimento ou reescalonamento do pagamento das dívidas, de remissão das mesmas, de redução ou de supressão da taxa de juros, de consolidação, de criação ou de substituição da garantia. O plano pode subordinar estas medidas ao comprometimento pelo devedor de determinados atos tendentes a facilitar ou a garantir o pagamento da dívida. Ele pode, igualmente, os subordinar à abstenção pelo devedor de atos suscetíveis de agravar sua situação de insolvência. O plano preverá as modalidades de sua execução.

Em síntese o que se destaca é que a jurisprudência francesa deu alguns contornos a esses dispositivos do Código de Consumo, ao estilo dos seguintes:

(a) considera-se ter agido de boa-fé o devedor cujo superendividamento deu-se por sua imprudência ou imprevidência; (b) a boa-fé do devedor é presumida, competindo aos credores provar o contrário; (c) a comissão de superendividamento tem competência para analisar os débitos vencidos e os vincendos.<sup>328</sup>

Como visto pelo direito francês, trazido à análise, é possível e necessário que o projeto emancipatório de cidadania seja construído por um novo estágio de reconhecimento de direitos, uma vez que o superendividamento incapacita o cidadão de suas condições mínimas de existência, enredando-o em uma esteira de juros e dívidas infinitas.

#### **4.2 O projeto de Lei n.º 283/2012: a proteção contra o superendividamento no Brasil**

Avaliada a questão da influência do mínimo existencial no que tange os contratos, é possível assinalar o decorrente alcance sobre as relações de consumo e, particularmente, a questão do superendividamento. Assim, observa-se que a busca pela proteção da condição do superendividado decorre justamente dos aspectos traçados pela teoria do mínimo existencial.

Como já fora observado, atualmente os contornos dos contratos se afastaram da aparente liberdade contratual tão apregoada pelo Estado de Direito Liberal, ocasionando injustiças que acabaram por afetar o consumidor de boa-fé,

---

<sup>328</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Conselho francês rege casos de superendividamento. **Direito comparado**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/direito-comparado-conselho-frances-rege-casos-superendividamento>> Acesso em: 20 jan 2014.

principalmente em razão de serem elaborados de forma unilateral, importando ao consumidor apenas aderir sem questionar as cláusulas do contrato.

No Brasil, apesar da legislação assegurar constitucionalmente a proteção do consumidor em seus direitos fundamentais, observa-se que no plano infraconstitucional não existem ainda meios efetivos para sua proteção. Apesar disso, é possível analisar que existem projetos de lei que precisam ser estudados para, quiçá, fortalecidos pelo estudo teórico-acadêmico, poderem ser convertidos em leis que busquem a proteção do consumidor superendividado brasileiro.

Assim, aponta-se para o estudo do Projeto de Lei n.º 283/2012 que institui mecanismos para barrar a ocorrência do superendividamento. O Projeto foi elaborado por uma comissão de juristas, instituída pela Presidência do Senado Federal para fornecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, comissão presidida pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, tendo, ainda, como membros Claudia Lima Marques, que foi a relatora geral; Ada Pellegrine Grinover; Leonardo Roscoe Bessa; Roberto Pfeiffer; e Kazuo Watanabe.<sup>329</sup>

Os trabalhos começaram em 02/12/2010 e, após intensos e diversos debates que ocorreram em todo o Brasil, em 14/03/2012 foi entregue o projeto ao presidente do Senado Federal, o qual, além de tratar do superendividamento, também trata do Comércio Eletrônico e da Ação Coletiva. Portanto, o projeto de lei para atualização do Código de Defesa do Consumidor é a reunião de três anteprojetos sobre temas diversos que precisam de regulação, em especial, a questão do superendividamento.<sup>330</sup>

Ainda que este projeto de Lei não esteja em vigor, a questão a ser debatida, gira em torno das possibilidades de atualização do Código de Defesa do Consumidor e formas de aplicação destes direitos fundamentais constitucionais, entre outros, nas relações privadas, enquanto formas de proteção ao consumidor.

---

<sup>329</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.25.

<sup>330</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.25.

A Constituição Federal, por exemplo, menciona a proteção do consumidor e sua defesa, no artigo 5, XXXII, no artigo 24, no artigo 21, X, e artigo 98, no seu parágrafo único, no artigo 150, §5, no artigo 170, V, no artigo 175, parágrafo único, II e III, e lei n.º 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, presente no artigo 48 do ADCT da Constituição Federal, e, a partir disso, definiu os conceitos de Consumo, a figura do fornecedor e as noções de serviço.

Tendo como ponto de partida a Constituição, o que se observa é a consolidação de uma rede de proteção para o consumidor, criando uma legislação que busca preservar e proteger o direito às diferenças, oferecendo tratamento jurídico aos desiguais nas relações de consumo.

Por certo que há de se construir mecanismos diretos e indiretos que concretizem os direitos fundamentais essenciais ao consumidor de crédito e a aplicação destes direitos nas relações de mercado, seja pelas novas legislações ou mesmo pela interpretação da lei infraconstitucional brasileira e da jurisprudência vigente.

Apesar da nova Lei ainda não estar em vigor deve o consumidor se utilizar da proteção prevista na Constituição, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, pois estes possuem institutos para salvaguardar o consumidor superendividado, evitando que esse seja retirado do mercado de consumo, pela inclusão em cadastros de serviço de proteção ao crédito, entre outros..

Procurando aperfeiçoar a disciplina, o Projeto de Lei insere o VI, do art. 5, que trata da “Da Política Nacional de Relações de Consumo”, defendendo que:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

“VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana.”<sup>331</sup>

Outro preceito que podem ser utilizados e já o vem sendo pela jurisprudência, é o da Boa-Fé Objetiva, porque o Código Civil considerou sua observância como sendo imprescindível para a concretização de contratos, como no artigo 113 do

---

<sup>331</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012.

Código Civil brasileiro: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Além disso, o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

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.

Colocando o tema em perspectiva com legislação francesa, em seu artigo L.330-1, nota-se que na lei estrangeira utiliza-se o conceito de boa-fé subjetiva, enquanto que no caso brasileiro optou-se pela defesa da boa-fé objetiva para a proteção do consumidor, ainda que persistente a lacuna sobre o superendividamento.

Esse artigo bem demonstra a necessidade de que toda relação de consumo busque a harmonização dos interesses de fornecedores e consumidores, e claro, sempre se utilizando do princípio da boa-fé, conceito esse, que também aparece no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Na possibilidade do consumidor se tornar superendividado, não podendo mais realizar compras a crédito, a legislação ainda permite que o fornecedor reveja o contrato, em conformidade com o artigo 6, inciso V, do Código de defesa do consumidor:

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Além do princípio da boa fé, outro artigo que obriga as partes a cooperarem nas relações de consumo há de se destacar ainda o artigo 6.º, inciso VI, do Código Consumerista:

Art. 6. São direitos básicos do consumidor: (...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Cabe observar também a inserção de novo direito do consumidor, no art. 6º, da mesma forma identificando a atenção ao superendividamento e a necessidade de preservação do mínimo existencial.

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o *mínimo existencial*, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas.<sup>332</sup>

Outro ponto de destaque, e essencial para a análise deste trabalho, encontra-se na seção IV – “Da Prevenção do Superendividamento”, seção inserida no Capítulo VI: Da Proteção

Contratual, como se ressalta abaixo:

Art. 54-A Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à *dignidade da pessoa humana*.<sup>333</sup>

Note-se a preocupação em evitar o superendividamento pela perspectiva da educação do consumidor, ou seja, como já fora ressaltado ao longo do trabalho, não se pretende coibir o consumo e intervir na liberdade individual do consumidor, mas, pelo contrário, permitir que ele seja livre e consciente das consequências de um consumo desenfreado. Esta atenção é notável no art. 54-C, inciso I:

<sup>332</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

<sup>333</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

Art. 54-C. Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas:

*I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;*

§ 2º O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.<sup>334</sup>

No mesmo sentido operam a proposta do art. 54-B, inciso IV, e o art. 54-F, inciso IV, que pretendem proteção especial aqueles considerados mais vulneráveis:

Art. 54-B - ...

*IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente.*<sup>335</sup>

Art. 54-F Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e da legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito, entre outras condutas:

*IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;*<sup>336</sup>

Ainda, com relação ao inciso IV do art. 54-F, há expressa menção a outra forma que pode dificultar a compreensão sistema das contratações, pela utilização de meio eletrônico ou telefone.

Por fim, há inovação na proposta de inserção no Título III do CDC, do Capítulo V – “Da conciliação no superendividamento” influenciado pela legislação francesa, conforme se depreende da leitura abaixo:

*Art. 104-A A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.*<sup>337</sup>

Enquanto a legislação francesa aponta que o juiz de ofício fará essa proposta no artigo L.313-12, com prazo final de 2 anos, no projeto brasileiro cabe ao

<sup>334</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

<sup>335</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

<sup>336</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

<sup>337</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

consumidor realizar a proposta do plano de pagamento com o prazo máximo de 5 anos.

Outro ponto positivo para o Projeto de Lei brasileiro é a conceituação do superendividamento a partir de um elemento objetivo, qual seja, o valor de 30% da renda líquida mensal. Essa perspectiva é dada pelo §1º do art. 104-A:

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.

No que diz respeito a proteção do superendividado, nota-se que há realmente essa vocação no projeto de lei, como se observa nos §§2, 3, 4 e 5, seja pela perspectiva de que realmente ocorra uma conciliação, na exigência de que o credor se faça presente ou que lhe substitua um procurador com poderes para tanto, seja pelos efeitos positivos para o consumidor quando do não comparecimento injustificado do credor:

§ 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

§ 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

§ 4º Constará do plano de pagamento:

I – referência quanto à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;  
 II – data a partir da qual será providenciada exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;  
 III – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.<sup>338</sup>

Apenas na justificção do projeto de lei do superendividamento há duas menções à questão do mínimo existencial e, ao longo do texto legal que se espera aprovação, há mais cinco menções à expressão mínimo existencial.<sup>340</sup> Assim, é inegável que o mínimo existencial influencia, sim, o Direito Privado, em especial o

<sup>338</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 283 de 2012. Grifo nosso.

<sup>340</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.24.

direito do consumidor, tanto é que se propõe uma lei cuja justificação é preservar o mínimo existencial, sendo essa garantia oponível contra privados, no caso, fornecedores.

É relevante mencionar que apesar do projeto não ter definido o mínimo existencial, a justificativa de sua construção está diretamente relacionada à proteção das condições mínimas de existência, pois como já observado ao longo do trabalho, como imaginar que alguém que não possua condições para adimplir as contas de sua subsistência (ex.: alimentação, saúde, água, luz, transporte, entre outros) e possa manter o *status* mínimo de dignidade humana?

Petry responde a questão:

o superendividamento precisa ser tratado no Brasil, pois os próprios consumidores estão colocando o seu mínimo existencial em risco, sendo que dificilmente conseguem sair da situação de superendividados sem intervenção. O fato é que o crédito está no coração do consumo, já que possibilita a realização instantânea de projetos, jogando o pagamento para o futuro, pois, caso contrário, estes desejos não poderiam ser efetivados de imediato ou, até mesmo, teriam que ser abandonados. Logo, o crédito é essencial na sociedade moderna, tanto no plano macroeconômico, para estimular o crescimento, como no plano microeconômico, para favorecer o incremento do plano de vida dos consumidores.<sup>342</sup>

Insta esclarecer que essa preocupação não pretende interferir na liberdade contratual dos indivíduos, mas, pelo contrário, evitar que o indivíduo seja condicionado a aceitar contratos e possibilidades de consumo que o aprisionem em dívidas e no que se denomina nesse trabalho por superendividamento. Para tanto, o projeto de lei n.º 283/2012 demonstra a intenção de frear essa perspectiva, criando mecanismos para proteger o consumidor, educá-lo para formas de consumo consciente, coibir o assédio de consumo, além do que, tutela a preservação do mínimo existencial como condição para que o consumidor possa ter condições dignas de vida dentro da sociedade. Assim, compreende-se que seja possível a identificação de uma nova cultura, de adimplência das dívidas, de preservação do mínimo existencial e de garantia efetiva dos direitos fundamentais do consumidor.

---

<sup>342</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.26.

### 4.3 A tutela jurisprudencial do Mínimo Existencial do consumidor superendividado

Em continuidade ao debate sobre a proteção do consumidor superendividado, procura-se fazer uma abordagem sobre a tutela jurisprudencial no tocante a relação entre o mínimo existencial e o consumidor superendividado. O que se intenta é analisar as formas de concretização da proteção à luz dos direitos fundamentais essenciais ao consumidor de crédito e da aplicação destes direitos nas relações de mercado, seja pelas novas legislações ou mesmo pela interpretação da lei infraconstitucional brasileira e da jurisprudência vigente.

Para tanto, cabe mencionar a experiência ainda em construção na jurisprudência em relação ao mínimo existencial no aspecto prestacional, conforme Guerra e Emerique:

destaca-se a decisão proferida pelo relator Ministro Celso Mello em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF, promovida contra o veto presidencial sobre o § 2º do art. 55 (renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Embora a ação tenha sido julgada prejudicada em virtude da perda superveniente do objeto devido a edição da Lei mencionada, o relator posiciona-se em relação à idoneidade da mesma para viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto constitucional (no caso EC nº 29/00) venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando. Invoca inclusive a importância do papel conferido ao Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional de tornar efetivo os direitos, econômicos, sociais e culturais. Assim, mesmo com as limitações em torno da cláusula da reserva do possível, existe a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo essencial que constitui o mínimo vital.<sup>343</sup>

O que se assinala aqui é a última parte, no que diz respeito a preservação da integridade e intangibilidade do núcleo essencial que constitui o mínimo vital. Mais que isso, embora o Projeto de Lei n.º 283/2012, abordado no item anterior traga a

---

<sup>343</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 392.

proposta quantitativa do mínimo, a jurisprudência não trata isso como um consenso. Nesse sentido, cita-se recente decisão do Tribunal de Justiça em que isso fica claro:

APELAÇÕES CÍVEIS. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO. LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO DAS CONSIGNAÇÕES FACULTATIVAS E OBRIGATÓRIAS NOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. REDUÇÃO PROPORCIONAL ENTRE OS CREDORES DOS VALORES COBRADOS, DE MODO A NÃO EXTRAPOLAR A MARGEM CONSIGNÁVEL FIXADA NA SENTENÇA. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. A referida decisão faz menção expressa ao mínimo existencial, adotando o entendimento de que os descontos em folhas devem preservar um patamar que garanta o mínimo existencial, o qual estaria ligado à ideia de dignidade humana. Porém, o conceito de mínimo existencial não é utilizado para definir qual seria o patamar legal destes descontos, mas sim as legislações federais e estaduais sobre o tema. Portanto, constata-se que, apesar do mínimo existencial servir como fundamento, não atua como critério objetivo para apontar qual seria o valor necessário para que um cidadão sobreviva com dignidade.<sup>344</sup>

Esse parecer do Tribunal defende um patamar para os descontos em folha que garanta um mínimo existencial, mas não utiliza o conceito de mínimo para construir esse patamar. Em outro sentido, observa-se a Apelação Cível de n.º 70059651489, julgada em 26 de junho de 2014, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que destaca:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DA AUTORA PARA PAGAMENTO DE EMPRESTIMOS. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS BRUTOS MENSIS. ANALOGIA. DANO MORAL IN RE IPSA. I - Uma vez demonstrado que os diversos empréstimos concedidos pela instituição financeira repercutem em prestações cujo montante total é muito superior aos rendimentos mensais do consumidor, acarretando a dedução da íntegra de seus vencimentos, tem-se a hipótese de superendividamento gerado em razão de abuso na concessão de crédito pela instituição financeira, violação à boa-fé objetiva e prática comercial abusiva contra o consumidor, e, como tal, nula de pleno direito a cláusula contratual que autoriza tal dedução automática. *Retenção mensal limitada a 30% dos vencimentos brutos, após a dedução dos descontos obrigatórios, por aplicação analógica.* II - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista

---

<sup>344</sup> PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. In. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. p.20.

com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.<sup>345</sup>

Ainda com relação a esta Apelação, para a melhor compreensão do tema, extrai-se do voto da relatora, a Desembargadora Liége Puricelli Pires, que ao mesmo tempo em que narra um caso típico de superendividamento, proporciona uma lição sobre a defesa dos direitos fundamentais do consumidor.

Em princípio, é viável ao Banco, nas operações conhecidas como “cheque-especial” e empréstimo pessoal, apropriar-se de valores depositados na conta-corrente da devedora para fins de compensação automática com o saldo negativo descoberto, dada a natureza da operação. E, acrescento, ao contrário do alegado pela apelante, há nos autos contratos dessa com o banco apelado em que a autora autoriza descontos em conta corrente (fl. 24, 32, 48, 56, 73). Contudo, o caso dos autos guarda a peculiaridade de estar-se diante da hipótese de superendividamento. O extrato bancário das fls. 13, de março de 2011, dá conta de que a autora recebeu vencimentos líquidos no valor de R\$ 704,03, possuindo saldo devedor de R\$4.123,34, o qual ultrapassa o valor recebido, sendo o limite da conta de R\$4.200,00, restando à autora um crédito de R\$76,66, ficando saldo negativo. Em circunstâncias excepcionais, como a do caso dos autos, o direito deve guardar soluções de similar excepcionalidade. A situação dos autos desborda dos casos normalmente enfrentados no seio desta Câmara. Sabe-se lá o porquê, a instituição financeira liberou quantia de crédito desproporcional às forças de solvabilidade da recorrente, a tal ponto que esta não está conseguindo dispor de um centavo dos seus vencimentos para a própria subsistência, *circunstância que atenta contra o bom-senso, a dignidade da pessoa humana, e a proteção constitucional ao salário, e ao postulado do mínimo existencial, exigindo soluções alternativas ao impasse.*<sup>346</sup>

Por certo que a incapacidade financeira opera em sentido contrário a capacidade de uma vida digna, como se percebe pela leitura deste trecho acima. A instituição financeira tem consciência da incapacidade financeira do consumidor, mas mesmo assim lhe autoriza um crédito desproporcional, fomentando sua exclusão do mercado consumidor, sua dívida iliquidável e, por fim, a impossibilidade de poder ter acesso a qualquer valor auferido no mês, pois o montante da dívida já o teria consumido.

A situação abaixo guarda certa semelhança, ainda que o valor de amortização seja um pouco maior. De qualquer modo, frente a constatação de

---

<sup>345</sup> (Apelação Cível Nº 70059651489, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liége Puricelli Pires, Julgado em 26/06/2014). Grifo nosso.

<sup>346</sup> (Apelação Cível Nº 70059651489, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liége Puricelli Pires, Julgado em 26/06/2014, p. 4).

superendividamento, o tribunal entendeu pela necessidade de limitar o poder do banco de se apropriar dos valores do salário.

COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. UTILIZAÇÃO DO NUMERÁRIO DEPOSITADO NA CONTA CORRENTE DO AUTOR, A TÍTULO DE SALÁRIO, PARA AMORTIZAR SALDO DEVEDOR EM CHEQUE ESPECIAL. SUPERENDIVIDAMENTO. JULGAMENTO DA LIDE POR EQUIDADE. LIMITAÇÃO DO VALOR DE TAL AMORTIZAÇÃO EM 50% DOS VENCIMENTOS LÍQUIDOS DO CORRENTISTA. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS FUNDAMENTOS. Como regra, não pode a instituição financeira apropriar-se de créditos salariais lançados em conta corrente para pagar-se de outros créditos. Porém, em se tratando de conta popularmente denominada de 'cheque especial', tal apropriação é possível, diante da própria natureza desse tipo de contrato bancário, em que qualquer valor creditado na conta seja automática e naturalmente utilizado para cobrir o negativo e evitar, com isso, o débito de juros e demais encargos pactuados. No caso em tela, porém, a situação fugiu da normalidade, *pois o superendividamento do autor indica que lhe será praticamente impossível fazer frente ao seu débito crescente*. Por outro lado, considerando a tutela jurídica ao crédito decorrente de vencimentos e salários, inclusive a ponto de serem considerados impenhoráveis, deve ser limitado o poder do banco de se apropriar do creditamento salarial do autor para cobrir o saldo negativo da conta corrente, sob pena de manter 'cativo' o cliente, pois ainda que destine todo seu salário para o pagamento da dívida, esta continuará a ser praticamente impagável, em razão dos encargos moratórios que mensalmente serão debitados. *Assim, a solução que melhor atende aos legítimos interesses de ambas as partes consiste em se acolher em parte o pedido, a fim de se determinar a liberação de 50% dos seus vencimentos, a cada mês, percentual suficiente para a sua manutenção*. RECURSO DESPROVIDO.<sup>347</sup>

Ainda, é possível identificar o cuidado com a limitação à 30% dos vencimentos brutos mensais do endividado.

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DA AUTORA PARA PAGAMENTO DE EMPRESTIMOS. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS BRUTOS MENSAIS. ANALOGIA. DANOS MORAIS IN RE IPSA. I - Uma vez demonstrado que os diversos empréstimos concedidos pela instituição financeira repercutem em prestações cujo montante total é muito superior aos rendimentos mensais do consumidor, acarretando a dedução da íntegra de seus vencimentos, tem-se a hipótese de superendividamento gerado em razão de abuso na concessão de crédito pela instituição financeira, violação à boa-fé objetiva e prática comercial abusiva contra o consumidor, e, como tal, nula de pleno direito a cláusula contratual que autoriza tal dedução automática. Retenção mensal limitada a 30% dos vencimentos brutos, após a dedução dos descontos obrigatórios, por aplicação analógica. II - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. APELO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME.<sup>348</sup>

<sup>347</sup> (Recurso Cível Nº 71002083418, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 24/09/2009). Grifo nosso.

<sup>348</sup> (Apelação Cível Nº 70056268857, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 03/10/2013).

Ainda, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, encontra-se, por exemplo,

Agravo de instrumento. Empréstimos bancários. Descontos em conta corrente. Superendividamento. Antecipação de tutela determinando a suspensão dos descontos, sob pena de multa cominatória. Inconformismo. Se o consumidor incorreu em débitos contratuais, deve honrá-los, consoante se aferir no mérito da demanda. Mas em se considerando a natureza alimentar dos vencimentos do mesmo, *além da prodigalidade com que a instituição financeira oferece contratos de financiamento, correta a suspensão dos descontos efetuados*. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do E. STJ. Multa arbitrada em valor razoável e adequado a inibir o descumprimento do comando judicial. Possibilidade. Improvimento do recurso e manutenção da decisão combatida. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC.<sup>351</sup>

No caso em tela, observa-se o entendimento próximo a vocação do Projeto de Lei n.º 283/2012, ao referenciar que as instituições financeiras não podem comprometer o mínimo existencial, além do que, conforme asseverado no capítulo sobre a proteção ao mínimo existencial, este incide também sobre as prestações alimentares, intangíveis e necessárias para a continuidade da vida digna.

É possível também, guardadas as devidas proporções, avaliar a seguinte decisão proferida pelo STF, no sentido de identificar princípios constitucionais que impedem ou que alertam que o endividamento dos cidadãos fere direitos fundamentais. Observe-se que,

DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO APÓS 3.5.2007: NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO FORMAL. DEMONSTRAÇÃO INSUFICIENTE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório. 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou apelação em ação ordinária, nos termos seguintes: 'DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. Cancelamento do desconto em folha de pagamento. Possibilidade, no caso concreto. Inobservância do limite legal do Decreto n. 43.574/05. Apelo provido' (fl. 38). 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência da preliminar de repercussão geral da questão constitucional suscitada. 4. O Agravante argumenta que 'não procede a argumentação de que a peça recursal foi omissa quanto ao requisito da repercussão geral. Demonstrou o agravante que a repercussão geral está consubstanciada no fenômeno social moderno do superendividamento, preenchendo o requisito formal do apelo extraordinário' (fls. 4 e 5). No recurso extraordinário, alega que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 1º, inc. III, e 7º, inc. X, da Constituição. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste ao Agravante. A intimação do acórdão recorrido ocorreu no dia 28.8.2007 (fl. 41), e, nos termos do que decidido pelo Supremo

<sup>351</sup> Agravo de Instrumento – Autos 0061138-17.2010.8.19.0000 1ª Ementa Des. Pedro Freire Raguene, Julgamento: 25/11/2010 – 6.ª CAMARA CIVEL INTEIRO TEOR Data de Julgamento: 12/01/2011.

Tribunal Federal no Agravo de Instrumento n. 664.567-QO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 'a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007'. Entretanto, limitou-se a afirmar que 'com o advento da Lei n. 11.418 de 19.12.2006, §§ 2º e 3º, insta à recorrente esclarecer que a modalidade de empréstimo consignável em folha de salário é uma das causas de 'superendividamento' do cidadão brasileiro. A pretensão da recorrente, em sua essência, envolve um novo fenômeno social, próprio das sociedades de consumo 'pós-modernas': o superendividamento' (fl. 127). 6. O § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil dispõe que, 'para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa'. Não basta, portanto, dizer que o tema tem repercussão geral, sendo ônus exclusivo da parte recorrente demonstrar, com argumentos substanciais, que há no caso relevância econômica, política, social ou jurídica. A ausência de fundamentação expressa, formal e objetivamente articulada pela Agravante para demonstrar, nas razões do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral da matéria constitucionalmente arguida inviabiliza o exame do recurso. Assim, embora tenha mencionado a existência, no caso vertente, de repercussão geral, a Agravante não desenvolveu argumentos suficientemente convincentes para cumprir o objetivo da exigência constitucional. 7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 27 de fevereiro de 2009. Ministra CÂRMEN LÚCIA. Relatora.

O que se depreende da análise jurisprudencial supracitada é que o Poder Judiciário brasileiro está atento à relevância dos efeitos negativos do superendividamento sobre os consumidores brasileiros, e da real necessidade da busca de um equilíbrio na relação Estado-consumidor, em que o mínimo existencial não seja afetado e que se promova a concretização da dignidade humana. Mais que isso, é preponderante a aprovação do Projeto de Lei n.º 283/2012 para que possa pacificar o entendimento nos tribunais superiores e, no mesmo ritmo propiciar políticas públicas de conscientização dos consumidores quanto ao consumo consciente e equilibrado.

Portanto, o primado do Estado deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo e a garantindo os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos sujeitos, à luz da Teoria do Mínimo Existencial. No caso dos superendividados, para que se encontre um equilíbrio na relação Estado-consumidor, o mínimo existencial não pode ser afetado, uma vez que é a sustentação para a concretização da dignidade humana, necessitando do estudo acerca da sobreposição de medidas educativas do consumo consciente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito brasileiro ainda se observa um déficit legislativo no que tange a realidade social do consumo e as suas consequências, assim como na necessária proteção do consumidor de crédito. A aparente facilidade de contratação de crédito somada à possibilidade da realização de sonhos (aquisição de bens e serviços) resultou no endividamento excessivo e no risco da falência pessoal do consumidor.

Por essa razão, observa-se a necessidade de aperfeiçoamento da proteção do consumidor, principalmente, do consumidor superendividado. Portanto, há um dever da Constituição na defesa dos cidadãos/consumidores. Uma vez que o Direito Privado possui pontos de encontro com a Constituição, por certo que haverá proximidade mais relevante ainda no tema dos contratos, além da preponderância da proteção do consumidor enquanto Direito Fundamental, elemento importante para a consolidação de posturas democráticas que procurem diminuir as desigualdades socioeconômicas, por meio da proteção constitucional dos mais vulneráveis, possibilitando a maior harmonia social.

É preciso assegurar a efetividade dos princípios constitucionais, sendo necessário evitar o superendividamento., Isto, sem olvidar da relevância de soluções que possam contribuir para efetivar a proteção dos direitos fundamentais e a garantia de proteção da dignidade humana e a natureza multidirecional dos direitos fundamentais, que os qualifica como preceitos ordenadores da vida social, e seu desdobramento nas relações de crédito e de consumo, utilizada para proporcionar a aquisição de bens e serviços para consumo.

Assim, entende-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é imprescindível para promover a proteção do consumidor superendividado. Eis que o Código de Defesa do Consumidor apresenta uma lacuna neste tema, e o direito fundamental à defesa do consumidor, previsto na Constituição Federal, pode orientar o preenchimento desta lacuna.

No que tange ao mínimo existencial, anota-se que está ancorado nas concepções de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa humana, e,

portanto, confirma-se como sendo o conjunto significativo de condições que permite a sobrevivência substancial mínima, as perspectivas de existência no meio social e, além disso, as condições de esperança com relação ao futuro, tanto no plano individual quanto com relação ao grupo de convivência.

Portanto, ainda que a sociedade tenha se afastado de um individualismo proprietário e se encaminhe para o individualismo de massas, em que o consumo de coisas inúteis produz uma nova marca para a sociedade, presente em seu caráter descartável e no resíduo, há que se defender que existem patamares mínimos de urgências existenciais de consumo e que esses patamares se coadunam em muitos casos dos Direitos Sociais que devem ser promovidos e defendidos pelo Estado.

Nesse sentido, ressalta-se que a condição de consumidor, por si só, não é o foco deste trabalho, mas, sim, trata-se de avaliar as possibilidades de um consumo ter efeitos negativos sobre o consumidor, principalmente quando lhe ocasione endividamento.

Frente a essa nova realidade e com base nos Direitos Fundamentais, nas Teorias do Mínimo Existencial e da legislação comparada, especialmente com o Direito Francês, é necessário criar instrumentos efetivos e leis que sejam eficazes, com meios de proteção ao consumidor de crédito, assegurando a efetivação dos seus direitos constitucionais e a dignidade humana do consumidor, principalmente como forma de evitar o superendividamento.

O exemplo francês possui reflexos positivos, como se observa na jurisprudência pátria, mas é preciso ir além. O projeto emancipatório da cidadania precisa reconhecer a defesa intangível e inabalável do mínimo existencial como reflexo do princípio da dignidade humana, avançando para a tutela jurídica contra o superindividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito, partindo-se para isso do histórico e da conceituação de seus institutos e a análise do Projeto de Lei 283/2012 que institui mecanismos para barrar a ocorrência do superendividamento.

A partir dos elementos apresentados na busca por compreender melhor o fenômeno do superendividamento do consumidor, agora é possível lançar outras perspectivas para tema, principalmente em função do projeto de Lei n.º 283/2012

que se propõe a aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e promover a prevenção do superendividamento no Brasil.

Nesse sentido, o projeto de lei n.º 283/2012 demonstra a intenção de frear os abusos e armadilhas dos contratos de crédito, assim como as possibilidades de consumo que o aprisionem em dívidas impagáveis (o caso do superendividamento), criando mecanismos para proteger o consumidor, educa-lo para formas de consumo consciente, coibir o assédio de consumo, além do que, tutela a preservação do mínimo existencial como condição para que o consumidor possa ter condições dignas de vida dentro da sociedade.

Assim, compreende-se que seja possível a identificação de uma nova cultura, de adimplência das dívidas, de preservação do mínimo existencial e de garantia efetiva dos direitos fundamentais do consumidor.

Portanto, o primado do Estado deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo e a garantindo os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos cidadãos, à luz da Teoria do Mínimo Existencial. No caso dos superendividados, para que se encontre um equilíbrio na relação Estado-consumidor, o mínimo existencial não pode ser afetado, uma vez que é a sustentação para a concretização da dignidade humana.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 40.
- BARCELLONA, Pietro. **L'individualismo proprietario**. Madrid: Trotta. 1996.
- BATELLO, Silvio Javier. **A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva**. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.213.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. Max Limonad, 1997.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997.
- CARPENA, Heloisa. **Uma lei para os consumidores superendividados**. In: Revista de Direito do Consumidor. MARQUES, Claudia Lima (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 16., n. 61, jan./mar./2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHANGEUX, Jean-Pierre.(Org.) **Uma ética para quantos?** Bauru: EDUSC, 1999.

COSTA, Geraldo de Farias Martins da. **Superendividamento: solidariedade e boa-fé**. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coords.) Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.231.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 dez 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais – Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

FRANÇA. **Code de la Consommation**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 25 jul. 2014.

FRASER, Nancy. **Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista**. In. SOUZA, Jessé. (org.) **Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian M. B.; O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral**, in Direito do Consumidor n 17, jan/ mar de 1996, São Paulo: RT.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoa física em contratos de crédito ao consumo**. Revista Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 55, Jul/Set de 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 07 de abril de 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica. 1994.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Alessandro Martins. **A proteção do consumidor superendividado**. Revista Interativa. Jales: Empório da Arte, ano I, nº 01, p. 14, Abril de 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETRY, Alexandre Torres. Mínimo Existencial e sua relação com o direito do consumidor. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. n.º 19, 2013. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/3>> Acesso em: 25 nov. 2014. 41p.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almenida. 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídico-privadas**: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. 214 p.

SOUZA, Jessé. (Org.) **Democracia Hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

TORRES, Ricardo Lobos. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes**. Petrópolis: Vozes, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1967.