

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO –
MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
NÍVEL DOUTORADO**

Bárbara Michele Kunde Steffens

**A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO NO SUPERENDIVIDAMENTO: AS
INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO A
DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O VIÉS DA SOLIDARIEDADE NA
FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Santa Cruz do Sul

2022

Bárbara Michele Kunde Steffens

**A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO NO SUPERENDIVIDAMENTO: AS
INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO A
DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O VIÉS DA SOLIDARIEDADE NA
FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Esta tese foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Linha de Pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, como requisito parcial para a obtenção do título de doutora em Direito.

Dr. Jorge Renato dos Reis
Professor Orientador - UNISC

Dra. Fabiana Marion Spengler
Professora examinadora - UNISC

Dra. Denise Bittencourt
Professora examinadora - UNISC

Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Professor examinador - UFS

Dra. Aneline dos Santos Ziemann Lucio
Professora examinadora - UNIPAMPA

CIP - Catalogação na Publicação

Steffens, Bárbara Michele Kunde

A hipervulnerabilidade do idoso no superendividamento: as intersecções jurídicas entre o Público e o Privado a determinar políticas públicas sob o viés da solidariedade na fase pré-contratual / Bárbara Michele Kunde Steffens. — 2022.

283 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Santa Cruz do Sul, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis.

1. Crédito responsável. 2. Dever de informação. 3. Idoso. 4.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

“Lute. O seu dever é lutar pelo Direito; porém, quando encontrar o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça”.

Eduardo Couture

AGRADECIMENTOS

Acreditar no ideal da educação exige dedicação, estudo, pesquisa, reflexões... Mais uma etapa finalizada com muita alegria, e por isso externo a minha gratidão a todas as pessoas que contribuíram para atingir a meta do doutoramento, não me aventurando a nomeá-las porque foram muitas, cada uma desempenhando, por meio de suas características e habilidades, papel fundamental.

Um curso de Doutorado não se faz solitariamente. O percurso é compartilhado com todos aqueles que se importam realmente com nossos desafios e conquistas, fui agraciada por uma corrente de elos muito fortes, que me sustentaram nesses quatro anos de amadurecimento humano e acadêmico.

Agradeço especialmente a minha família por me ter dado as mãos para prosseguir, e o abraço encorajador nos momentos mais difíceis. Jorge e Laura, meus abnegados companheiros de jornada, juntos construímos esse resultado, todos nós nos dedicamos muito para chegar até aqui e os sacrifícios se justificam pelo ideal.

Agradeço à Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, por proporcionar um curso de excelência, formado por grandes Mestres. Também agradeço especialmente a competência da Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, à Professora Dra. Mônia Hennig Leal e ao Professor Dr. André Viana Custódio pela dedicação, pelas batalhas silenciosas travadas em benefício do ensino e aprendizado, pelo diálogo e pelo grande esforço em manter a qualidade do curso, do qual todos, alunos egressos e futuros, nos beneficiaremos.

A gratidão se estende igualmente à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, pela bolsa de estudos concedida, da pesquisa nascem bons frutos se dela se faz bom uso, por isso tenho as esperanças renovadas de que o mundo será um lugar melhor para se viver a partir da multiplicação de conhecimento.

Ao Professor Orientador Dr. Jorge Renato dos Reis agradeço pelo estímulo na pesquisa, e, principalmente, por toda a liberdade de produção científica, me proporcionando o amadurecimento acadêmico que somente a prática concede.

Por fim, minha gratidão a Deus, Senhor de todas as coisas, por seu amor permanente e infindável, por tudo o que sou e por tudo que ainda serei.

Não foi somente esforço, nem acaso e muito menos sorte, sempre foi (e será) Deus!

RESUMO

O objeto desta tese é a consolidação de ações para políticas públicas, a partir do marco teórico do princípio da solidariedade, dentro do processo de intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, voltadas à prevenção do superendividamento do idoso que, no âmbito dos contratos de crédito consignado, é consumidor de vulnerabilidade agravada. A relevância do tema se revela em face das práticas mercantilistas perpetradas pelas instituições financeiras que, pela violação ao direito de o idoso ser informado com lealdade, transparência e responsabilidade, têm estimulado excessivamente o consumo e concedido o crédito de forma irresponsável, potencializando o risco do superendividamento. A investigação tem como objetivo geral identificar e regradar, diante da hipervulnerabilidade do idoso, os deveres de conduta das partes contratantes, a serem determinados por política pública legislativa, por meios concretos e articulados na esfera privada, sob a instrumentalização do paradigma solidarista da Constituição Federal de 88, como efeito das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado. A tutela dos direitos do idoso deve ser promovida desde a fase pré-contratual por meio de informações qualificadas para garantir a sua liberdade e autonomia, realizando-se, assim, a concretização de sua dignidade. Considerando a acentuada vulnerabilidade do idoso diante da grande oferta de crédito, a qual pode gerar seu superendividamento e comprometer, assim, a sua dignidade, o problema que orientou a pesquisa foi: a partir das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, quais serão os deveres de conduta, determinados pelas políticas públicas legislativas, visando a proteção, especialmente do idoso, na fase pré-contratual, para que os contratos estejam condizentes com o paradigma solidarista da Constituição Federal, objetivando a prevenção do superendividamento no âmbito das relações interprivadas? O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, e o procedimento, monográfico. A análise do tema perpassou a constitucionalização do Direito Privado e a personalização do Direito Civil, para então abordar a situação específica do idoso no mercado de consumo. Conclui-se que os deveres de conduta no âmbito dos contratos de crédito consignado, especialmente aos idosos, não têm sido orientados pela boa-fé, sendo possível concretizar valores socialmente relevantes e voltados ao bem comum a partir de condutas solidaristas nas relações interprivadas. Sob a perspectiva da cooperação contratual, na qual a informação deve ser clara, adequada e suficiente, é construída política pública legislativa que robusteça o Código de Defesa do Consumidor no âmbito da prevenção e tratamento do superendividado.

Palavras-chave: Crédito responsável. Dever de informação. Idoso. Superendividamento. Princípio da solidariedade.

ABSTRACT

The object of this thesis is the consolidation of actions for public policies, based on the theoretical framework of the principle of solidarity, within the process of legal intersections between the Public and the Private, aimed at preventing over indebtedness of the elderly who, in the context of payroll credit agreements, are consumers of aggravated vulnerability. The relevance of the theme is revealed in view of the mercantilist practices perpetrated by financial institutions that, by violating the right of the elderly to be informed with loyalty, transparency and responsibility, have excessively stimulated consumption and granted credit irresponsibly, potentiating the risk of over-indebtedness. The general objective of the investigation is to identify and rule, in view of the hypervulnerability of the elderly, the duties of conduct of the contracting parties, to be determined by legislative public policy, by concrete and articulated means in the private sphere, under the instrumentalization of the solidarist paradigm of the Federal Constitution of 88 the effect of legal intersections between the public and the private. The protection of the rights of the elderly must be promoted from the pre-contractual phase through qualified information to guarantee their freedom and autonomy, thus realizing the realization of their dignity. Considering the marked vulnerability of the elderly in the face of the great supply of credit, which can generate their over-indebtedness, thus compromising their dignity, the problem that guided the research was: from the legal intersections between the public and the private, what will be the duties of conduct, determined by legislative public policies, aiming at protection, especially of the elderly, in the pre-contractual phase, so that contracts are consistent with the solidarist paradigm of the Federal Constitution, aiming at the prevention of supervision in the context of interprivate relations The research method used is the hypothetical-deductive, and the procedure is monographic. The analysis of the theme permeated the constitutionalization of private law and the personalization of civil law, to then address the specific situation of the elderly in the consumer market. It is concluded that the duties of conduct within the scope of payroll credit agreements, especially for the elderly, have not been guided by good faith, being possible to realize socially relevant values and focused on the common good from the conducts of sympathizers in interprivate relations. From the perspective of contractual cooperation, in which information must be clear, adequate and sufficient, a legislative public policy is built that strengthens the Consumer Protection Code in the context of the prevention and treatment of overindebted people.

Keywords: Responsible credit. Duty of information. Old. Over-indebtedness. Principle of solidarity.

RESUMEN

El objeto de esta tesis es la consolidación de acciones de políticas públicas, basadas en el marco teórico del principio de solidaridad, dentro del proceso de intersecciones jurídicas entre lo público y lo privado, orientadas a prevenir el sobreendeudamiento de las personas mayores que, en el contexto de los contratos de crédito de nómina, son consumidores de vulnerabilidad agravada. La relevancia del tema se revela ante las prácticas mercantilistas perpetradas por las instituciones financieras que, al vulnerar el derecho de las personas mayores a ser informadas con lealtad, transparencia y responsabilidad, han estimulado excesivamente el consumo y otorgado crédito de manera irresponsable, potenciando el riesgo de sobreendeudamiento. El objetivo general de la investigación es identificar y dictaminar, en vista de la hipervulnerabilidad de los ancianos, los deberes de conducta de las partes contratantes, que serán determinados por el orden público legislativo, por medios concretos y articulados en la esfera privada, bajo la instrumentalización del paradigma solidarista de la Constitución Federal del 88, como efecto de las intersecciones jurídicas entre lo público y lo privado. La protección de los derechos de las personas mayores debe promoverse desde la fase precontractual a través de información cualificada para garantizar su libertad y autonomía, realizando así la realización de su dignidad. Considerando la marcada vulnerabilidad de los ancianos frente a la gran oferta de crédito, que puede generar su sobreendeudamiento y comprometer así su dignidad, el problema que guió la investigación fue: desde las intersecciones jurídicas entre lo público y lo privado, ¿Cuáles serán los deberes de conducta, determinados por las políticas públicas legislativas, encaminados a la protección, especialmente de las personas mayores, en la fase precontractual, para que los contratos sean coherentes con el paradigma solidarista de la Constitución Federal, apuntando a la prevención del sobreendeudamiento en el contexto de las relaciones interprivadas? El método de investigación utilizado es el hipotético-deductivo, y el procedimiento es monográfico. El análisis del tema impregnó la constitucionalización del derecho privado y la personalización del derecho civil, para luego abordar la situación específica de las personas mayores en el mercado de consumo. Se concluye que los deberes de conducta en el ámbito de los contratos de crédito de nómina, especialmente para las personas mayores, no se han guiado por la buena fe, siendo posible realizar valores socialmente relevantes y enfocados en el bien común a partir de las conductas de los simpatizantes en las relaciones interprivadas. Desde la perspectiva de la cooperación contractual, en la que la información debe ser clara, adecuada y suficiente, se construye una política pública legislativa que fortalezca el Código de Protección al Consumidor en el contexto de la prevención y tratamiento de personas sobreendeudadas.

Palabras clave: Crédito responsable. Deber de información. Viejo. Sobreendeudamiento. Principio de solidaridad.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

BPC -Benefício de prestação continuada

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CET - Custo efetivo total

Fecomércio-RS - Federação do Comércio de Bens e de Serviços do Estado do Rio Grande do Sul

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

PL - Projeto de Lei

PEIC - Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor

PEICA - Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor Anual

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
2 AS CONSEQUÊNCIAS DETERMINADAS PELA RELATIVIZAÇÃO (EXTINÇÃO) DA DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS PÚBLICO E PRIVADO: A ELEVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO MATRIZ E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	24
2.1 A erosão da clássica dicotomia Público-Privado e as conseqüentes intersecções jurídicas no Constitucionalismo Contemporâneo.....	26
2.2 A personalização do Direito Civil: do homem privado à pessoa humana.....	37
2.3 A tutela da pessoa humana como princípio matriz: a construção de um conceito na trajetória entre Kant e o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro.....	47
3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO IDOSO E OS DESAFIOS DE SUA PROTEÇÃO EM FACE DO CRÉDITO MASSIFICADO E DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO.....	62
3.1 Envelhecimento da população e a tutela dos direitos fundamentais: a emergência da construção de uma identidade cidadã para o idoso brasileiro.....	65
3.2 O diálogo das diferenças: o reconhecimento da vulnerabilidade agravada do idoso nas relações contratuais para promover a igualdade.....	76
3.3 Crédito fácil e massificado: a felicidade (paradoxal) do idoso e o desvelar do superendividamento.....	93
4 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO E A BUSCA DA PROTEÇÃO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	109
4.1 A reconstrução do Direito Civil e a decadência da teoria contratual clássica para a indispensável proteção do idoso em face de sua vulnerabilidade agravada.....	111
4.2 A oxigenação dos princípios contratuais clássicos pela boa-fé objetiva e a função social do contrato: novas premissas para as relações negociais privadas.....	125
4.3 Reconhecendo a diferença: dever de informação qualificada na fase pré-contratual como instrumento de promoção da autonomia e concretização da dignidade na senectude.....	145
5 A SUPREMACIA DA PESSOA HUMANA E O PARADIGMA SOLIDARISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O SURGIMENTO DE UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	154
5.1 Trajetória histórica da solidariedade: da virtude cristã à concepção jurídica a estruturar os direitos de liberdade e igualdade.....	156
5.2 A filtragem constitucional da solidariedade jurídica e o surgimento de uma nova perspectiva para a reconstrução do Direito Privado.....	167
5.3 Dignidade ao alcance de todos: a solidariedade como dever dos atores privados na persecução dos objetivos constitucionais para a construção da sociedade livre, justa e solidária.....	182
6 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A POLÍTICA PÚBLICA PARA DETERMINAÇÃO DE CONDUTAS SOLIDARISTAS COMO FORMA DE	

PROTEÇÃO DO IDOSO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DOS CONTRATOS DE CRÉDITO CONSIGNADO A FIM DE EVITAR O SUPERENDIVIDAMENTO E CONCRETIZAR A SUA DIGNIDADE.....	196
6.1 O renovado Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade em tempos de superendividamento.....	199
6.2 O dever de informar e os desafios para uma tutela jurídico-econômica na prevenção do superendividamento do idoso.....	212
6.3 A prevenção do superendividamento e o aconselhador de crédito como política pública com vistas à concretização da dignidade do idoso.....	227
CONCLUSÃO.....	257
REFERÊNCIAS.....	265

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova época em que a pessoa humana foi erigida à posição central do ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, reconheceu que a convivência das individualidades em sociedade deveria gravitar em torno de objetivos específicos, dentre eles a busca da igualdade material a fim de construir a sociedade brasileira mais livre, justa e solidária.

Nesse cenário, a manutenção do bem-estar social permaneceu como obrigação primária do Estado. Porém, a partir da eleição de princípios norteadores das relações sociais, esse desiderato foi partilhado com a sociedade, dependendo da contribuição de todos para amenizar o quadro dramático de miséria e indignidade decorrentes da falta de condições mínimas existenciais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem ao ordenamento jurídico brasileiro: coloriu o sistema com as tintas da esperança de um país mais desenvolvido do ponto de vista humano, ao consagrar como um de seus objetivos o estabelecimento de uma sociedade mais justa e solidária.

A presente tese vincula-se ao mandamento constitucional de proteção às pessoas idosas, elegendo como tema a hipervulnerabilidade do idoso no Brasil nos contratos de concessão de crédito consignado a partir das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, determinando a observação e o cumprimento do princípio constitucional da solidariedade como instrumento a determinar políticas públicas às partes contratantes, para fins de prevenção do superendividamento e, em consequência, da proteção da dignidade. Referida proposta integra a área de direito do consumidor, especificamente quanto à tutela da dignidade humana essencial do idoso e a necessidade de reequilibrar a relação contratual que nasce sob a assimetria informacional, o que agrava a sua fragilização. Tendo o princípio da solidariedade como norte, na condição de instrumento efetivador da dignidade humana, revelam-se necessárias ações concretas por parte do Estado, da sociedade e particulares, principalmente em face do compromisso de todos com a construção de uma sociedade mais solidária.

O tema proposto para a tese comprova sua relevância jurídica e social. O superendividamento tem se revelado um grande flagelo econômico-social em níveis epidêmicos, invitando a academia a aprofundar as reflexões para encontrar soluções

não apenas dogmáticas, mas especialmente pragmáticas para aplacar as nefastas consequências do estímulo ao consumismo excessivo em razão da facilitação de concessão de crédito, o que redundava, muitas vezes, no superendividamento.

Fatores como aumento da expectativa de vida e a consolidação de um sistema previdenciário estável tornaram os idosos um segmento da população bastante atrativo para os contratos de crédito, constatando-se sensível agravamento da vulnerabilidade nos contratos de empréstimo consignado.

Reconhecidas as grandes vantagens de abertura ao crédito a milhares de pessoas, abarcando, inclusive, as classes sociais mais baixas e marginalizadas, o acesso a bens antes inatingíveis a milhões de idosos, infelizmente, não se fez acompanhar da indispensável responsabilidade, relegando ao mercado de consumo a regulação de seus limites.

Assim, por sua condição de vulnerabilidade, os idosos se tornaram alvos fáceis para agentes financeiros interessados apenas no aumento dos lucros, obtidos à custa da catividade dos contratos. Nesse contexto, a autorregulação permitiu o desenvolvimento de técnicas de persuasão cuidadosamente estruturadas, exploratórias da simbologia que o ato de consumir representa diante das fragilidades emocionais e psíquicas naturais de um estágio de vida mais avançado. Da mesma forma, naturalizada a bancarização da vida moderna e a dependência do crédito advinda da banalização do consumo, a concorrência acirrou a disputa pelos clientes, exigindo, para a manutenção dos lucros (ao menos), o aprimoramento dos mecanismos de oferta do crédito consignado para torná-lo mais atrativo. Os meios mais facilitados, portanto, representam um grave risco para o endividamento que, descontrolado, poderá levar o idoso consumidor ao superendividamento. À vista disso, a exponencial suscetibilidade do idoso à violação de seus direitos fundamentais reclama especial atenção para, concretamente, protegê-lo.

A cultura da pós-modernidade, e no Brasil não foi diferente, transformou o ato de consumir em uma prática natural e cada vez mais vultuosa, de sorte que todos os que não se enquadrem nesses moldes são condenados à exclusão da sociedade consumista.

Vive-se os tempos do “consumo de cada dia”, próprio de uma vida fragmentada pelos desejos realizáveis por meio de mercadorias. Vive-se a “vida a crédito” porque consumir atribui à pessoa o *status* social inerente à classe econômica da qual visa participar.

O que não se pode olvidar, no entanto, é que apesar de o crédito ser muito importante na economia capitalista, possui também seus revezes. O somatório da oferta excessiva com a facilidade de contratar gera um acúmulo de empréstimos que, descontrolado, promove o alijamento social, causando grande prejuízo não apenas individual ou familiar, mas em nível de sociedade, que é o superendividamento.

Assim, o superendividamento traz consequências muito perniciosas não somente para o idoso tomador do crédito, mas para a própria sociedade, que é prejudicada pelo desemprego, pelo trabalho informal, sofre a desestruturação da família, vivencia o aumento da clandestinidade e da criminalidade, entre outros efeitos nefastos.

Por outro lado, mais especificamente com o tema proposto, tendo em vista o aumento da expectativa de vida e, conseqüentemente, da população idosa e do empoderamento econômico respaldado pela estabilidade da economia e caucionado pelos benefícios previdenciários (em ascensão nas últimas décadas), os idosos despertaram o interesse dos agentes financeiros. A partir dessa constatação, estes passaram a direcionar, de forma tão sedutora quanto agressiva, a oferta de crédito consignado, pois o risco de inadimplimento se tornou inexpressivo pela segurança e confiabilidade proporcionada pelas aposentadorias, pensões e benefícios assistenciais.

Atualmente a teoria clássica dos contratos, que privilegia a autonomia da vontade em detrimento da função social e concebe a liberdade de contratar como obrigação quase irrevogável, submete-se aos valores constitucionais inaugurados pelo Constitucionalismo Contemporâneo. Por isso todos estão compromissados e envolvidos na construção de uma sociedade solidária, calcada no respeito à igualdade material a fim de que a liberdade e a justiça sejam preceitos materialmente concretizados, através da observância de determinados deveres, uma vez que as consequências se estendem para além das partes.

Assim, com a constatação de que o superendividamento é questão de ordem pública porque se associa à inadequada, e até mesmo ausente, informação das reais necessidades e consequências advindas da contratação do crédito, a legislação deve caminhar para novas normas de proteção e defesa a fim de que haja uma prevenção eficaz dos prejuízos, ou pelo menos a minimização dos danos.

Dados estatísticos divulgados pelo Banco Central do Brasil, entre novembro de 2008 e fevereiro de 2017, demonstram que o endividamento das famílias com o

Sistema Financeiro Nacional (SFN) em relação à renda acumulada nos últimos 12 meses aumentou de 32,86% para 41,86% da renda disponível¹. No mesmo passo, para os tomadores de empréstimos com renda de até três salários mínimos, o endividamento alcançou 73% em 2014². E, considerando-se o período de novembro de 2008 a fevereiro de 2017, o comprometimento da renda das famílias com o sistema financeiro nacional foi, em média, de 28,8%³.

Além disso, segundo pesquisa do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e da Câmara Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL)⁴, o número de inadimplentes aumentou cerca de 12% no período de maio de 2018 em comparação com maio de 2015.

Dados mais recentes apontados pela Serasa Experian demonstram que a procura por crédito dos brasileiros aumentou 11,8% entre agosto de 2018 e agosto de 2019. E as pessoas que mais demandaram crédito nesse período têm renda mensal variável entre R\$ 500,00 e R\$ 1.000,00, implicando um avanço de 14% na variação anual⁵.

Os dados apresentados acima mostram a evolução da concessão de crédito nos últimos anos, reclamando cada vez mais a celebração de contratos que afiancem o equilíbrio entre as partes. Isso se verifica pela estipulação de cláusulas e condições norteadas pela boa-fé na conduta e cumprimento da função social com base na transparência das informações, para assegurar o exercício da autonomia existencial

¹ Relação entre o valor atual das dívidas das famílias com o Sistema Financeiro Nacional e a renda das famílias acumulada nos últimos doze meses. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/consultarvalores/consultarValoresSeries.do?method=visualizarValores>. Acesso em: 29 ago. 2019.

² De acordo com o Relatório de Inclusão Financeira de 2015 do BCB, o grupo de tomadores de menor renda, com até três salários mínimos (3SM), passou a ser o mais representativo em número de tomadores e o segundo maior em volume de crédito. Do total de 56 milhões de tomadores de crédito em 2014, 34 milhões estavam na faixa de renda de até 3SM. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/nor/reincfin/rif2015.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

³ Comprometimento de renda – Relação entre o valor correspondente aos pagamentos esperados para o serviço da dívida com o Sistema Financeiro Nacional e a renda mensal das famílias, em média móvel trimestral, ajustado sazonalmente. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/consultarvalores/consultarValoresSeries.do?method=visualizarValores>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁴ Em maio de 2015, o número de inadimplentes era de 56,5 milhões de brasileiros, de acordo com Indicadores Econômicos SPC Brasil e CNDL – Dados nacionais, com dados referentes a janeiro de 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/johnp/Downloads/An%C3%A1lise-Inadimpl%C3%Aancia-PF- __jan-1.pdf](file:///C:/Users/johnp/Downloads/An%C3%A1lise-Inadimpl%C3%Aancia-PF-__jan-1.pdf). Acesso em: ago. 2019. Em maio de 2018, o número de inadimplentes era de 63,29 milhões de brasileiros, de acordo com Indicadores Econômicos SPC Brasil e CNDL - Dados nacionais, com dados referentes a maio de 2018, disponível em: [file:///C:/Users/johnp/Downloads/ An%C3%A1lise-PF_janeiro_2018.pdf](file:///C:/Users/johnp/Downloads/An%C3%A1lise-PF_janeiro_2018.pdf). Acesso em: 29 ago. 2019.

⁵ Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/busca-dos-brasileiros-por-credito-cresce-quase-12-em-agosto-revela-serasa-experian>. Acesso: em 30 set. 2021.

sob os ditames da dignidade, emoldurada pela personalização do Direito privado a partir da solidariedade, como instrumento dignificador.

A proteção dos mais vulneráveis no Direito Privado é um fim do Direito Contemporâneo. Não se dispensa a relevância da análise dos instrumentos para se atingir esse fim, pois a correta e ponderada aplicação das normas e instrumentos protetivos é tão essencial quanto o efeito que se busca alcançar, justificando-se o debruçar sobre o tema.

Logo, tendo em vista a premência de o dever de informar ser observado desde a fase pré-contratual, justifica-se a pesquisa. Seus resultados contribuirão para uma melhor qualidade de vida para o idoso, sob o aspecto de sua dignidade individual, além de concorrer para a formação de uma sociedade mais justa e pacífica. Nesse sentido, a efetiva proteção da dignidade humana será alcançada, pois instrumentalizada pelo princípio da solidariedade, originado do processo de intersecções jurídicas entre o Público e o Privado. A garantia da autonomia privada não depende apenas da não interferência do Estado, passa também pelo oferecimento de condições para a sua realização.

Justifica-se a investigação para discutir tão relevante tema no que tange à concessão de crédito, diante das profundas modificações econômicas operadas notadamente na primeira década do século XXI. Justifica-se a investigação para pôr em cena tão relevante tema, cuja análise deve partir da superação do primado da liberdade sobre a igualdade, possibilitando a obtenção de resultados socialmente relevantes, revelando, assim, a verdadeira função do Direito.

Destacada a relevância do estudo, a pesquisa encontra-se adequada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, já que possui como base as demandas sociais e as políticas públicas. As demandas sociais são perceptíveis quando se verifica que o superendividamento, que decorre da violação de direitos do idoso, constitui-se no século XXI verdadeiro flagelo, sendo um dos responsáveis pela exclusão social.

O Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública, também são instrumentos do Direito Privado criados para proteger, ainda que tenham trazido uma discriminação positiva dos vulneráveis. Isso porque, no âmbito do Direito Privado, a proteção de direitos dos vulneráveis pressupõe a distinção e o reconhecimento da diferença, e o tratamento de forma especial orienta-se pela premissa “diferenciar para proteger”.

Para tanto, faz-se necessária uma política pública como garantidora dos direitos fundamentais desse grupo hipervulnerável, no sentido de não apenas atender pontual e individualmente os fatos sociais, mas sob a amplitude coletiva, eis que se trata de tema de interesse de todos.

No mesmo sentido, há um alinhamento com o eixo temático “Diversidade e políticas públicas”, já que se trabalha com os direitos fundamentais, a exemplo da solidariedade, que garante a igualdade ao reconhecer a diversidade. Já as políticas públicas legislativas mostram-se como meios para a concretização do tema proposto, ou seja, a sugestão de alteração do Código de Defesa do Consumidor no sentido de aperfeiçoar seu intento, uma vez que a aplicação das regras legislativas, até então existentes, se mostrou suficiente para estabelecer preponderantemente uma igualdade mais formal do que propriamente material.

Além de a pesquisa estar em conformidade com a área de concentração referida, de igual modo há alinhamento à área de pesquisa do professor orientador (Dr. Jorge Renato dos Reis), o qual pesquisa temas que têm por base as intersecções jurídicas entre os Direitos Público e Privado, e os efeitos derivados desse processo, como a constitucionalização do Direito Privado e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, e, entre estes, em especial o princípio constitucional da solidariedade.

Assim, considera-se que a base do presente trabalho são as intersecções jurídicas entre o Público e o Privado e a constitucionalização do Direito Privado, de modo que as relações entre particulares se submetam aos preceitos constitucionais, sendo norteadas pelo princípio da solidariedade presente no artigo 3º da Constituição Federal.

Quanto aos direitos fundamentais, a aplicabilidade é notória quando se adota a solidariedade como fundamento para os deveres de conduta na esfera pré-contratual, a serem respeitados em contratos de empréstimo consignado envolvendo o idoso.

Além disso, o debate vai direcionar as condutas para promover a liberdade de autonomia do idoso voltando-se, especificamente, à necessidade de prevenção do superendividamento. A diluição das fronteiras entre o Direito Privado, que deixa de representar apenas a vontade individual, e o Direito Público, calcado apenas na subordinação do cidadão, ampliou a relação dos particulares no cumprimento do dever constitucional de promover o bem comum.

Considerando a acentuada vulnerabilidade do idoso diante da grande oferta de crédito, a qual pode gerar seu superendividamento e comprometer sua dignidade, estabeleceu-se como problema central: a partir das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, quais serão os deveres de conduta, determinados pelas políticas públicas legislativas, visando a proteção, especialmente do idoso, na fase pré-contratual, para que os contratos de crédito consignado estejam condizentes ao paradigma solidarista da Constituição Federal, visando a prevenção do superendividamento no âmbito das relações interprivadas?

Para que seja possível a resposta ao questionamento, o objetivo geral direciona-se a identificar, diante da hipervulnerabilidade do idoso, os deveres de conduta, segundo a boa-fé objetiva, das partes contratantes, a serem determinados por política pública legislativa, que possa fixar sua proteção na fase pré-contratual. Os contratos de concessão de crédito consignado devem ser firmados sob a instrumentalização do paradigma solidarista da Constituição Federal de 88, como efeito das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, para fins de prevenção do seu superendividamento e, em consequência, a proteção de sua dignidade.

Posto isso, os objetivos específicos traçados estão interligados a cada capítulo da tese: a) analisar as consequências determinadas pela relativização (extinção) da grande dicotomia jurídica entre Direito Público e Direito Privado, como a elevação da dignidade humana como princípio matriz e a constitucionalização do direito privado; b) verificar a tutela constitucional do idoso, a partir de suas características e vulnerabilidade, em razão da grande oferta e facilidade de concessão de crédito a partir, especialmente, dos anos 2000, no sentido de preservar direitos e prevenir violações, notadamente quanto ao superendividamento; c) demonstrar a insuficiência da teoria contratual clássica para a proteção do idoso nos contratos de concessão de crédito consignado; d) compreender o paradigma solidarista na Constituição de 1988 como instrumento de efetivação da dignidade humana; e) propor alteração no Código de Defesa do Consumidor, acrescentando instrumentos legais que direcionem a conduta de boa-fé no cumprimento dos deveres na fase pré-contratual, demonstrando sua relevância na prevenção do superendividamento do idoso, e instrumentalizar o operador do direito para que o contrato cumpra com sua finalidade precípua, minimizando as consequências danosas em caso de violação de direitos.

Considerando-se a complexidade dos elementos traçados, a construção do estudo requer o método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual possibilita, a partir da constatação de um problema, guiar o pesquisador aos fatos relevantes e destes às hipóteses.

Assim, diante da constatação do problema do superendividamento do idoso, decorrente do desequilíbrio na celebração de contratos de crédito consignado, faz-se necessário investigar quais deveres devem ser observados na fase pré-contratual para que a informação sobre os elementos contratuais seja acessível, compreensível, transparente e leal, assegurando uma decisão mais consciente e autônoma, o que significa, ao fim e ao cabo, promoção de sua dignidade.

O método escolhido – hipotético-dedutivo – justifica-se considerando que a tese irá analisar uma realidade: o superendividamento do idoso e, cotejando fatores relevantes como a cultura de rejeição à velhice, a necessidade artificial de adquirir bens (des)necessários em volume cada vez maior, o estímulo ao consumo como forma de inclusão social, a conduta desleal do fornecedor de crédito e a omissão da sociedade em coibir práticas de mercado altamente prejudiciais, analisará de que forma criar um instrumento que direcione melhor o intuito da lei consumerista, orientada pelo princípio da boa-fé objetiva e da solidariedade, e atinja os resultados esperados. Com base em tal realidade descrita e interpretada, buscar-se-á propor, a partir das intersecções entre o Público e o Privado, uma forma de tutelar as relações entre particulares tendo como premissa o respeito à autonomia da vontade sob o paradigma do princípio constitucional da solidariedade. Como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, esse princípio dará substrato sólido para a exigência da observância dos deveres de conduta voltados à proteção do idoso na fase que precede o contrato de crédito, o que se fará pela proposição de política pública de alteração do Código de Defesa do Consumidor, recentemente alterado pela Lei n. 14.181/2021.

Quanto ao método de procedimento, será utilizado o monográfico para delimitar o estudo aos idosos hipervulnerabilizados na esfera contratual, para que, então, se passe aos métodos analítico e histórico. Estes partem do estudo aprofundado de um elemento para obter resultados passíveis de serem replicados aos demais elementos assemelhados.

Por fim, a técnica de pesquisa que melhor se adequa aos termos propostos é a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em fontes secundárias

como livros e revistas, além da análise da Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso para que, ao fim e ao cabo, diante desse enfoque novo do tema, apresente-se conclusões inéditas, comprovando, assim, a originalidade da pesquisa.

Diante da realidade concreta, a pesquisa revelará a imprescindibilidade da investigação para analisar a evolução dos institutos após a personalização do Direito Civil sob uma óptica crítica, para que se possa chegar a uma resposta mais adequada à realidade concreta e não apenas jurídica.

A tese está articulada em cinco capítulos. O primeiro intitula-se “As consequências determinadas pela relativização (extinção) da dicotomia entre os Direitos Público e Privado: a elevação da dignidade humana como princípio matriz e a constitucionalização do Direito Privado”, abordagem inicial que visa perscrutar o processo de constitucionalização como consolidador da supremacia da Constituição. É necessário, primeiramente, fazer-se uma construção histórica, tendo em vista que a ruptura da divisão clássica não se operou de forma drástica. O marco inicial remonta ao Estado Absolutista, destacando-se os diferentes matizes do conceito do que atualmente significa homem, passando pelo sujeito abstrato, posteriormente substituído pelo sujeito de direitos para, em face das transformações sociais, chegar-se ao homem titular de dignidade no momento histórico em que, no Estado social, prepondera o interesse público na distribuição da justiça; até os tempos atuais, em que se alicerça e consolida a concepção de pessoa concreta e integrada a um determinado grupo, refutando-se o pensamento de homem abstrato, próprio dos códigos do liberalismo.

A releitura do Direito Civil a partir de um processo de transformação dos princípios fundadores dos códigos à Constituição decorreu de processo de transformação social, no qual a autonomia privada foi remodelada por valores existenciais integrantes dessa nova ordem pública. Nesse esteio, toda a legislação infraconstitucional, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, retirou a centralidade do Código Civil nas relações interprivadas, fazendo-se presente em todo o tecido normativo. No cenário das relações de Direito, derivado do processo de intersecções entre o Direito Público e o Direito Privado, o indivíduo (do Código Civil de 1916) cedeu lugar à pessoa humana, centro da nova ordem jurídica que privilegia a proteção da pessoa em concreto.

Alcançado o momento histórico do Estado Democrático de Direito, as matrizes ideológicas são as linhas mestras do pensamento contemporâneo.

O marco teórico substancia-se no conceito metafísico de dignidade humana construído por Immanuel Kant sob as inspirações das Luzes Iluministas, utilizando-se a obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”. Esse conceito fundamenta a construção da tese para justificar o emprego do princípio da solidariedade como instrumento de concretização da dignidade na peculiar situação de superendividamento. Além de Kant, a abordagem utiliza os autores Norberto Bobbio, Ingo Sarlet, Eugênio Facchini Neto e Jorge Renato dos Reis.

“A tutela constitucional do idoso e os desafios de sua proteção em face do crédito massificado e do fenômeno do superendividamento”, segundo capítulo, busca interligar esses três elementos importantíssimos no desenvolvimento da tese. Primeiramente, define-se o conceito jurídico de idoso. Para encontrar melhores formas de proteção a suas fragilidades, analisa-se seu processo de construção identitária, contextualizando-se sua realidade e interação com a sociedade sob a perspectiva da antropóloga Guita Grin Debert. Estabelecidas as bases, na conjuntura da sociedade moderna, “líquida” e hiperconsumista, o reconhecimento das diferenças se torna indispensável para estabelecer a tutela eficiente na esfera contratual. A percepção perpassa também a análise do acesso facilitado ao crédito e o assédio ao consumo, engendrado por técnicas de sedução e indução, tendo como *éthos* de inclusão social o mercado capitalista, altamente marcado pela negação da velhice e a busca ansiosa de pertencimento. Além de Guita Debert, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem são os autores que embasam a doutrina consumerista. Por não se tratar o superendividamento a ser solvido por apenas uma Ciência, realiza-se, também, uma abordagem interdisciplinar, uma vez que o Direito não pode, em tempos atuais, limitar-se a seu próprio universo. Como substrato teórico no campo da Sociologia, utiliza-se Zygmunt Bauman, e na filosofia, Gilles Lipovetsky.

Em coalizão com as abordagens antecedentes, o terceiro capítulo, nomeado “A insuficiência da teoria contratual clássica nos contratos de concessão de crédito consignado e a busca da proteção a partir da constitucionalização do Direito Privado”, aponta as profundas transformações da teoria contratual clássica em face da personalização do Direito Civil, integrando aos princípios da autonomia da vontade e relatividade dos contratos, conforme a clássica perspectiva, os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato para concretizar valores socialmente relevantes.

Estabelecidas novas bases calcadas na boa-fé objetiva, aplica-se o redimensionamento da vontade individual para incrementar a proteção do idoso, mediante deveres de conduta exigíveis do fornecedor já na fase pré-contratual. Os referenciais teóricos são Judith Martins-Costa, Gustavo Tepedino, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.

O novo Direito Privado constitucionalizado, fruto do processo das intersecções entre o Direito Público e o Direito Privado, enseja que o capítulo quarto tenha por protagonismo o princípio jurídico da solidariedade. “A supremacia da pessoa humana e o paradigma solidarista na Constituição de 1988: o surgimento de uma nova perspectiva para a instrumentalização da dignidade humana” está centrado na relevância dos princípios para a solução dos conflitos, notadamente o papel axiológico-deontológico da solidariedade no campo das relações privadas. Tal princípio revela-se como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, aborda-se o conceito de solidariedade, intimamente vinculado ao desenvolvimento histórico da sociedade, análise que utilizou Émile Durkheim para estabelecer as bases sociológicas, bem como Maria Celina Bodin de Moraes, Daniel Sarmiento e Jorge Renato dos Reis relativamente aos fundamentos jurídicos, bem como José Casalta Nabais como autor base da teoria dos deveres fundamentais.

Por derradeiro, o quinto e último capítulo: “Código de Defesa do Consumidor: a política pública legislativa para determinação de condutas solidaristas como forma de proteção do idoso na fase pré-contratual dos contratos de crédito consignado a fim de evitar o superendividamento e concretizar a sua dignidade”, destaca as alterações promovidas, em 1 de julho de 2021, pela Lei n. 14.181, que acrescentou dois novos capítulos ao Código do Consumidor. As inovações, arrimadas na prevenção e tratamento do superendividamento, refletem a especial tutela dos consumidores, especialmente os vulneráveis (crianças, enfermos, idosos, analfabetos, deficientes). Estão fundadas no crédito responsável, educação financeira e na preservação do mínimo existencial, reconhecendo a informação adequada como principal pilar da responsabilidade do fornecedor. Na linha de raciocínio de que a promulgação de uma constituição não é obra acabada, o capítulo demonstra que a harmonização das relações privadas, pela integração dos princípios da ordem econômica e da defesa do consumidor, compõe o trabalho contínuo da sociedade livre, justa e fraterna. Fazendo o recorte necessário, insere o tema da defesa do idoso consumidor como política

pública, emergindo proposta que visa consolidar a proteção do vulnerável na relação contratual de crédito consignado.

2 AS CONSEQUÊNCIAS DETERMINADAS PELA RELATIVIZAÇÃO (EXTINÇÃO) DA DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS PÚBLICO E PRIVADO: A ELEVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO MATRIZ E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Nós não estamos discutindo um problema sem importância, mas, ao contrário, como deveríamos viver.

Sócrates

A força normativa da Constituição, que se projeta sobre todo o ordenamento jurídico, já não se anuncia como novidade. Um dos traços do constitucionalismo contemporâneo é o tratamento de diversos temas, até então próprios do Direito Civil, pela Constituição, que, imersa neste universo de intersecções jurídicas, atenua as fronteiras entre os Direitos Público e o Privado.

No Brasil, desde o século XIX, o Código Civil ocupava a centralidade no sistema de fontes da esfera privada, sendo inclusive denominado “a constituição dos particulares”. Após a Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico cede à premência de uma lei maior para conferir unidade ao ordenamento jurídico, abarcando valores e princípios extensíveis a todos os ramos do Direito.

Nesse sentido, o processo de constitucionalização do Direito Privado, derivado do processo das intersecções entre os Direitos Público e Privado, o qual, por sua vez, deriva, igualmente, do Constitucionalismo Contemporâneo, não só consolidou a supremacia formal da Constituição como deflagrou a abertura material dos textos constitucionais, ao assentar inúmeros temas para além da vida estatal.

O processo, no entanto, não foi objeto de uma ruptura drástica, senão uma construção histórica. Por essa razão, neste primeiro capítulo será retratado o panorama do Direito Civil decorrente da fragilização da clássica dicotomia que divisa o Direito Público e Privado, pontuando momentos históricos e transformações marcantes para a Constituição atual.

São três os processos históricos importantes e virtuosos ao longo dos séculos: na Antiguidade a dignidade era atributo das elites; e na era Moderna um predicado conferido a todas as pessoas; em um terceiro momento, já na contemporaneidade, o sujeito abstrato e insular do Iluminismo e do liberalismo burguês foi substituído pela pessoa concreta com necessidades materiais e psicológicas, imersa em relações

intersubjetivas. Por fim, a dignidade deixou de ser apenas um valor religioso e moral para se converter em princípio jurídico vinculante (SCHREIBER, 2016), alcançando status de valor internacional com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

A Constituição brasileira contém todas essas etapas e exprime a relevância da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento, desvinculando-se do que a pessoa tem ou faz para considerá-la simplesmente humana, elencando o desenvolvimento e autonomia como diretrizes essenciais à vida digna.

O Direito tem sofrido metamorfoses, transmutando seu viés de controle social para se afirmar como instrumento de direcionamento social. Abandona a clássica atribuição repressiva e, assumindo função mais ativa, passa a favorecer ações desejáveis.

Diante da estrutura complexa das relações jurídicas envolvendo direitos e deveres, o ordenamento deve superar a contraposição de vontades e interesses dos agentes sociais, fomentando um ambiente de convergência de interesses, que somente a acepção promocional do Direito pode encetar.

Nesse panorama, os estatutos, procurando materializar o deslocamento da proteção do destinatário genérico, contribuíram em muito para alcançar o ser em concreto: o homem, o idoso, a criança, o consumidor, a mulher, o deficiente. Com isso, comprova-se que no Brasil o quadro sociocultural não é imutável, mas que, por outro lado, demanda a evolução de conceitos a ser conquistada pela superação de desafios, buscando desentranhar das práticas sociais os traços de hierarquia e exclusão que ainda subsistem, a fim de promover a função nuclear da Constituição, que é a igual dignidade de todas as pessoas.

Desta feita, para apreender a trilha teórica desenvolvida até alcançar as concepções mais elaboradas acerca dos conteúdos que envolvam a dignidade humana e a autonomia da vontade, lançar-se-á um breve olhar sobre esse fenômeno histórico-temporal-jurídico, até atingir o grau de maturidade com que a dignidade é tratada como fundamento do ordenamento brasileiro.

2.1 A erosão da clássica dicotomia Público-Privado e as consequentes intersecções jurídicas no Constitucionalismo Contemporâneo

O momento atual impõe relevantes desafios, pois com a infiltração de valores existenciais, a despatrimonialização do Direito Civil foi sendo consolidada no Brasil notadamente após a promulgação da Constituição de 1988.

Assim, as relações intersubjetivas da nova realidade social não mais comportam a separação reducionista entre o Direito Público e o Direito Privado, pois “as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça” (SARMENTO, 2006, p. 295).

Assim, o que se conhece tradicionalmente como Direito Público, que regulamenta as relações entre o Estado e os particulares, e o Direito Privado, como o ramo específico a regular as relações interprivadas, vem sendo superado em seus conceitos estanques e apartados, os quais se fundem e reciprocamente se influenciam.

A dicotomia do Direito Público-Privado ingressou no pensamento político-social do Ocidente por ser reconhecida como uma das principais e “grandes dicotomias”. Segundo Bobbio (1997, p. 13), o termo dicotomia é utilizado para definir, delimitar ou representar determinado campo de investigação, não só pelas ciências jurídicas, mas também as sociais e, em geral, as históricas.

Ainda conforme o autor italiano supra, o universo jurídico tem como clássica a representação de um universo dividido em duas esferas exaustivas, no sentido de cada qual conter os entes respectivos, assim como exclusivas, de sorte que pertencer a uma esfera automaticamente exclui a outra. Embora independentes, essas esferas se condicionam reciprocamente, mas uma delas assume papel preponderante, de modo que o privado pode ser definido como “não público” (e raramente o contrário) (BOBBIO, 1997).

Facchini Neto (2006, p. 28), ao analisar as intersecções entre o Público e o Privado, salienta haver convergência entre as duas esferas, pois o Estado tem utilizado institutos jurídicos privados nas relações negociais com os particulares e, consequentemente, deixado de empregar instrumentos mais autoritários, fenômeno que denominou privatização do Direito Público. Sob essa perspectiva, ambas atuam

como limitadoras uma da outra, pois onde finda a esfera do Público inicia-se a esfera do Privado e vice-versa (FACCHINI NETO, 2006)⁶.

A supremacia do Público sobre o Privado, ou vice-versa, nunca foi única. A análise dos diversos períodos históricos assinala a intercalação da preponderância de um espaço sobre o outro. Em um primeiro momento, no Direito Romano, acentuou-se o primado do Privado sobre o Público em razão da importância atribuída à propriedade, à forma de regulação do contrato e o testamento, além das relações no âmbito da família (BOBBIO, 1997).

No período medieval, manteve-se uma espécie de absorção do Público pelo Privado, pois os senhores feudais exerciam verdadeira função governamental em seus domínios. As regras obrigatórias impunham sanções e cobrança de tributos, além de regulamentar os julgamentos de vassalos e servos. Note-se que tais normas eram criadas e executadas pelos próprios senhores feudais, já que o direito de propriedade ganhara relevância porque derivava do poder político e prestígio social (FACCHINI NETO, 2013).

Com o nascimento do Estado Moderno, o Direito Público assumiu relevo para oferecer instrumentos de interpretação e análise das relações estabelecidas para além das que envolviam posse e propriedade no âmbito privado, abrangendo Estado e Igreja, reinos e cidades, pois a realidade histórica passou a exigir respostas não ditadas pelo Direito Romano.

Já no horizonte do Estado Absolutista, o próprio Estado confundia-se com a figura do monarca. Este detinha ilimitadamente o arbítrio, impondo a opressão e cristalizando os direitos do homem. Foi a partir desse contexto que o Iluminismo reconheceu que havia direitos inatos no homem que deveriam ser respeitados e garantidos. Ao mesmo tempo que a proteção em relação ao despotismo do monarca fazia-se cada vez mais premente, tornou-se impostergável fulminar os privilégios estamentais fruídos quase exclusivamente pela nobreza e pelo clero.

⁶ Essa distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do *Corpus Juris Civilis* [*Institutiones*, I, I, 43; *Digesto*, I, 1, 1, 2], onde se refere ao público como *quod ad statum rei romanae spectat*, e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem*. Em outras passagens do *Digesto*, a distinção reaparece, acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (*Digesto*, 38, 2, 14) e *privatorum conventio iuri publico non derogat* (*Digesto*, 45, 50, 17). Aí vem salientado que a vontade das partes tem força para modificar as normas de Direito Privado, mas não pode derogar normas de Direito Público (FACCHINI, 2013, p. 10-11).

A diferenciação entre as relações políticas e econômicas evidenciou-se e, nessa quadra histórica, acentuou-se a divisão entre o Estado e a sociedade. O Direito Público passou a conter normas que regulavam a atividade estatal, ao passo que as relações entre os particulares eram orientadas pela propriedade absoluta e a liberdade de contratar.

Ao partir do pressuposto de que o homem é anterior ao Estado (e, portanto, seu fundamento), inverte-se a perspectiva de garantia dos direitos dos cidadãos e deveres do Estado, que passa a se reger pelos princípios da distribuição e da organização. O primeiro justifica-se na liberdade ilimitada (em princípio) da pessoa, resultando a máxima de que a ela é permitido tudo realizar desde que não proscrito, e ao Estado apenas o que é permitido. Já o princípio da organização, que dá origem ao princípio da separação dos poderes, estabelece a especialização de funções para colocar em prática o princípio da distribuição (LEAL, 2007).

Como reação normal a todos os privilégios estamentais vigentes nos séculos anteriores, incursionou-se por um Direito único e aplicável a todas as pessoas, consolidando-se o princípio da igualdade no ordenamento jurídico.

Assim, para reger de forma generalizada, abstrata e exaustiva as relações sociais, criaram-se os códigos. A segurança jurídica era imprescindível para adaptar o Direito às bases capitalistas de uma economia em processo de expansão.

Sob essa perspectiva de que o Estado era um “mal necessário”, evidencia-se a clara oposição entre a esfera pública e a esfera privada, que se movimentava em um espaço politicamente neutro (o mercado) no qual não deveria haver interferência externa, pois “Estado e sociedade apresentavam-se, por conseguinte, como dois eixos paralelos e independentes, estando a sociedade, em verdade, colocada como oposta ao Estado” (LEAL, 2007, p.9).

Vale dizer ainda que os códigos provinham de um direito natural, portanto, o jusnaturalismo era a base das codificações no sentido de que a legislação independia do direito voluntário, que se modificava conforme a vontade humana; ao contrário, o direito era tornado simples e seguro como resultado da autonomia da vontade dos indivíduos igualizados pela abstração da própria lei, própria do século XIX.

De forma radical, ao longo dos primeiros anos da década de noventa, foram abolidas praticamente todas as instituições até então existentes: a forma de governo da monarquia absoluta, as conexões existentes entre o rei, a aristocracia, o clero e o poder judiciário (*noblesse de robe*), a antiga divisão territorial em províncias, o regime fundiário feudal, o sistema judiciário, o

sistema fiscal. Buscou-se a eliminação do próprio Direito, fechando-se as faculdades de Direito. O próprio sistema judiciário então vigente foi suprimido. Pretendia-se que os cidadãos, naturalmente honestos, deveriam coexistir com base em prescrições morais e não mais jurídicas, ao passo que eventuais litígios deveriam ser resolvidos pela via amigável (e para isso foram criados os *bureaux de paix e de conciliation*) e não mais em forma de contencioso (FACCHINI NETO, 2013, p. 64).

Segundo Wieacker (1980, p. 717), os grandes pilares do Direito Privado eram o direito subjetivo como poder da vontade, o negócio jurídico como ativação da vontade das partes, o contrato como uma ligação entre os sujeitos autônomos de direito, a propriedade como um direito em princípio ilimitado, e as pessoas jurídicas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas.

Diante da grande fragmentação jurídica, a necessidade de unificação das leis mostrou-se imprescindível e os códigos nasceram com pretensões de regulamentar todo o espaço jurídico, superando-se o pluralismo normativo dos períodos históricos anteriores. Com a modificação dessa perspectiva, a regulação de toda a nação se deu a partir de uma fração da sociedade (FACCHINI NETO, 2006).

Diante do momento único que a Revolução Francesa oportunizou, a ordem jurídica foi substancialmente alterada em favor do ideário burguês, moderado pelo cunho liberal-patriarcal-patrimonialista (REIS, 2009). Tutelava-se especialmente a propriedade, que podia ser utilizada de forma absoluta e ilimitada, assim como a autonomia contratual calcada exclusivamente na vontade das partes, viabilizando, assim, o fluxo jurídico essencial para o capitalismo.

Nesse quadrante histórico, a ampla liberdade era regida pela face formal do princípio da igualdade. Assim, embora todos fossem pariformes e autônomos perante a lei, só a burguesia possuía bens para proteger e comprometer através do contrato. Os demais, embora reconhecidos pelo ordenamento jurídico, permaneciam marginalizados.

Nessa ambiência havia uma rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado, de modo que o Código Civil desempenhava a função de constituição das relações privadas e da sociedade civil. Dentro dessa lógica, cabia ao Código disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes, cuja intensidade de regulação tornava raros os casos de leis extravagantes editadas em matéria privada.

As ideias liberais, força motriz da Revolução Francesa, espelhando direitos e liberdades essencialmente privados, foram reconhecidas como deveres de atenção

por parte do Estado, cuja premissa era o respeito máximo à liberdade dos particulares. Surge, então, o Estado de Direito em oposição à “lei do rei”, por estar agora dentro dela e a ela submetido (LEAL, 2007).

A lei tratou de estabelecer os limites, conformando todos ao mesmo comando, e por isso assegurando igual tratamento. Importante frisar que essa igualdade formal era representada por uma lei aplicada indistintamente, ainda que essa mesma lei desconsiderasse a realidade da nação.

Dessa forma, o sistema jurídico refletia “a tábua de valores e anseios da burguesia (representados substancialmente pelo liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e criação de riqueza” (FACCHINI NETO, 2006, p. 20).

O revés da situação estava no fato de que dificilmente as classes desfavorecidas, embora abrigadas pela legislação vigente, tinham seus interesses defendidos, inclusive porque a imensa maioria da população nem sequer votava, permanecendo à margem do processo político.

Conseqüentemente, o indivíduo representado no Código Civil era um ser abstrato submerso na desigualdade de fato, encarregado de manter as regras do jogo de um mercado capitalista enraizado no Estado Liberal⁷.

A distinção público-privado sofreu uma mudança de perspectiva tanto do ponto de vista social, no qual os interesses e a vida privada não integravam o campo de preocupação do Estado, quanto do ângulo jurídico, cujos deveres estatais encontravam-se balizados na Constituição (TIMM, 2008).

Evidentemente que o reconhecimento do homem como sujeito de direitos significou relevante marco histórico, o antropocentrismo foi imprescindível para romper os privilégios seculares concedidos ao clero e à aristocracia. O reconhecimento da autonomia da vontade e o poder dominador da burguesia originaram o estreitamento da lei com o Estado Liberal.

Embora a Revolução tenha ab-rogado o direito, não havia um (novo) sistema apto à aplicação geral. Isso inspirou Napoleão Bonaparte a reunir, em 1800, uma comissão de quatro advogados que, em quatro meses, concluiu a tarefa de unificar a legislação. Submetido o projeto ao Tribunal de *Cassation* e ao *Tribunaux d’Appel*,

⁷ Na França, o que se endeusava era o Código de Napoleão e não o próprio Direito Civil, tendo em vista que se negava o papel criativo dos juízes na interpretação da lei.

Napoleão tomou parte no debate, saindo-se vitorioso sobre a oposição das cortes quanto às objeções políticas e ideológicas (CAENEGEM, 2000).

O Código Civil francês, em 1804, significou o marco singular na “era das codificações” (CAENEGEM, 2000, p. 172). Ele reuniu sistematicamente a legislação nacional, trazendo todos os conteúdos indispensáveis à vida em sociedade (apartando-se, por óbvio, o Estado), tendo como marco a clareza e objetividade voltadas especificamente para o alcance de todos os franceses.

A Constituição, pois, articulou dois sistemas diferentes de proteção da liberdade, estabelecendo que nas relações entre o Estado e as pessoas vigorava a limitação dos governantes. No campo das relações privadas, o Código Civil consolidara-se como a constituição privada a reger a sociedade civil, validada essencialmente na autonomia da vontade, cujas regras gerais eram consideradas quase imutáveis⁸.

O cenário claramente demonstrava a separação entre a sociedade civil e o Estado, caracterizando a dicotomia Público-Privado própria do liberalismo clássico: o “homem civil” precedia o “homem político” e o “burguês estaria antes do cidadão” (CANOTILHO, 2003, p. 93).

Nessa visão atomista, o homem era considerado uma célula destacada do todo representado pela sociedade como local de encontro das relações particulares, já que o poder político era afirmado pela propriedade e a liberdade de disposição máxima era exercida por meio do contrato.

Redesenhadas as acepções, inaugura-se o positivismo jurídico. Os direitos, até então tidos como inatos, foram reconhecidos pela lei que continha regras exaustivas, objetivando a promoção da segurança das relações travadas na esfera privada em virtude da previsibilidade das pretensões individuais. Nesse universo jurídico, as relações do Direito Público e do Direito Privado apresentavam-se muito bem definidas, e assim perduraram: uma esfera excluindo a outra.

Como resultado dessa clara divisão, abre-se o caminho para a ideia de constituição e sua superioridade hierárquica. Nesse sentido, o instrumento que mais

⁸ Segundo Eugênio Facchini Neto, no mito do legislador iluminista (inteligente, onisciente, providente, com capacidade de tudo prever e regular), a ideologia jurídica predominante era “a ideologia dos três c’s”, de modo que a legislação civil fosse completa, clara e coerente. A ideologia da completude dos códigos era caracterizada pela (suposta) inexistência de lacunas; no que tange à clareza, caracterizava-se pela facilidade de interpretação e o afastamento de antinomias, seria, então, a representação ideológica da coerência (FACCHINI NETO, 2006. p. 22).

bem ordenaria as regras de competências e atribuições era a lei que, para vincular inclusive o Estado, deveria ultrapassar o mero âmbito legal tradicional: surgia, então, a lei constitucional (LEAL, 2007).

Entretanto, a exploração do homem pelo homem acentuou-se, agravando-se exponencialmente com a industrialização do século XX, problema que o Estado não intervencionista era incapaz de solver. Nessa conjuntura, acentuaram-se as diferenças econômico-sociais com o aprofundamento da miséria, o que gerou rebeliões e revoluções, ameaçando a segurança jurídica.

Com o advento das duas grandes guerras, tornou-se patente a necessidade do reconhecimento de condições mínimas de vida para as pessoas, o que ocasionou a interferência estatal em prol das classes economicamente mais fracas⁹.

Nesse contexto nasce na Europa o *Welfare State*, marcado pela reação à condição passiva do Estado, direcionando sua atuação diretamente à busca da justiça social. É nesse período que os ordenamentos jurídicos concederam realidade a tais direitos, buscando dar-lhes efetividade jurídica (FACCHINI NETO, 2006).

Com o declínio do Estado liberal e o advento do constitucionalismo social, a relação se inverte. A igualdade formal revelara sua face mais cruel, a da exploração econômica, tornando impostergável o reconhecimento dessa igualdade no plano dos fatos, a fim de possibilitar que os direitos assegurados legalmente fossem desfrutados pelos seus titulares (FACCHINI NETO, 2006).

Na prática, significou uma reapropriação do espaço antes ocupado exclusivamente pelos particulares, sujeitando os poderes (público e privado) ao ordenamento jurídico limitado e funcionalizado para a tutela dos direitos fundamentais (FACCHINI NETO, 2006).

Nesses moldes, o Estado Social foi afirmando o seu poder político nas esferas sociais e promovendo o aumento da dependência (existencial) do indivíduo. Como consequência, a dicotomia enfraqueceu-se pelo desvelo de uma nova lógica: os

⁹ No Brasil o *Welfare State* não ocorreu propriamente, na transição do Estado liberal para o Estado Social fragilizaram-se as bases essencialmente individualistas do Direito Privado, suprimindo a supremacia da autonomia privada. Como exemplo, surgiram as leis trabalhistas para assegurar direitos dos trabalhadores explorados pelo sistema capitalista, cujo ápice foi a Revolução Industrial. A incursão do Direito do Trabalho na busca do equilíbrio entre as partes contratantes – patrão e empregado – evoluiu para o reconhecimento cada vez ampliado do profundo desequilíbrio nessas relações, assumindo o Estado a tarefa de proteger o empregado pela ampliação das normas cogentes, assim como restringindo a liberdade contratual.

direitos individuais não eram somente para proteger o homem do Estado, mas para se efetivarem também nas relações intersubjetivas.

Diante de uma sociedade que se industrializava, o Estado assume feições sociais, intensificando-se o processo com a derrocada de governos fascistas e nazistas.

A complexidade das tramas sociais fez recrudescer a impossibilidade de autocondução e destacou a importância das situações existenciais em face do interesse público na distribuição da justiça social (WIECKER, 2010). Nesse contexto de obsolescência do Código Civil nasce a fase dos estatutos, instrumentos reguladores de certas matérias que continham também normas administrativas, econômicas e até mesmo penais.

Nessa fase da História, já não havia mais a preocupação única em prever exaustivamente as relações passíveis de regência, ao contrário, os estatutos valiam-se com maior frequência de cláusulas gerais e diretrizes hermenêuticas.

Note-se que os estatutos somente tiveram essa caracterização em virtude da expansão do poder político às demais classes, resultante de amplas discussões e intensas negociações entre os segmentos interessados na sua promulgação, muito diferente do que ocorrera com os códigos oitocentistas.

Paulatinamente, as normas jurídicas vão assumindo caráter funcional ao visar objetivos concretos para atingir determinados fins almejados. Com a funcionalidade das normas jurídicas e do sistema como um todo, a função social passa a ser a tônica na doutrina e na jurisprudência (REIS, 2009).

Por essas características, percebe-se que a perspectiva resta alterada pelo legislador, que mira a pessoa concreta e integrada a um determinado grupo, e não o homem abstrato dos códigos do liberalismo.

Tendo a igualdade substancial ganhado força, ainda que por vezes implicasse restrição à liberdade econômica, o ordenamento jurídico passou a sujeitar todos os poderes: o Executivo permanecia submisso à legalidade, o Legislativo passava a sofrer controle de constitucionalidade (como repressão à distorção das bases legais para legitimar governos nazifascistas), e o Judiciário que, além da legalidade, também passou a ter o dever de controlar a legitimidade constitucional da legislação ordinária (FACCHINI NETO, 2013).

Essa superação acentuou-se especialmente após a Segunda Guerra Mundial, quando avultou a necessidade de interferência na sociedade para transformá-la a partir dos novos valores sociais, em face do claro esgotamento do modelo liberal.

Esse modelo essencialmente individualista ampliou vertiginosamente as desigualdades, fenômeno decorrente da assimetria nas relações interprivadas. A partir de então, o Estado passou a intervir nas relações econômicas para estabelecer o equilíbrio entre particulares.

O período constitucional após a Segunda Guerra Mundial, mais especialmente a partir de 1948, quando aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagrou uma estrutura jurídica alicerçada em comandos de acentuada carga axiológica, afirmando valores convergentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A Constituição, à qual até então cabia, tão-somente, estabelecer as regras das relações indivíduos-Estado, também sofre transformação em sua essência para abranger as múltiplas e recíprocas relações entre o Estado, as pessoas e a sociedade. Assim é que nas décadas subseqüentes as constituições passaram a ser concebidas como “comunitárias”, isto é, passaram a refletir os valores compartilhados pela comunidade que as adota, revelando seu caráter político (LEAL, 2007).

Da crise nasceu a resposta: gradativamente o Estado social revelou seu intuito de amenizar as grandes diferenças provocadas pelo excessivo egocentrismo no exercício dos poderes econômicos. Isso porque no Estado mínimo, segundo Paulo Lôbo:

A igualdade, fundada na ideia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial (LÔBO, 1999, p. 101).

Importante destacar que, nesse cenário de grandes mutações, a liberdade individual não foi cerceada. Porém, em face da nova perspectiva de considerar o homem concretamente e não mais puramente abstrato, tal como retratado nos códigos, houve a transmutação da regulação das relações intersubjetivas para os microsistemas, cada qual regravando situações específicas para efetivar o modelo de sociedade estampado na Constituição.

Com o novo modelo estatal consolida-se, então, um novo entendimento do princípio da igualdade a ser concretizado, fundamentalmente, por intermédio da lei, buscando realizá-la no âmbito social, caminho imprescindível para aniquilar a profunda assimetria das relações humanas.

Nesse cenário interseccionam-se as esferas pública e privada, criando-se de certa forma, com essa reaproximação, uma relação de interdependência entre elas, em razão do conteúdo valorativo estampado em um programa concebido para governantes e governados.

De uma forma geral, esses novos valores migram para dentro das constituições pela necessidade de regulação da realidade concreta, que não mais pode ser analisada (e muito menos vivida) de modo atomista. As diretrizes para uma vida em comum tornam-se imprescindíveis.

A constituição, pois, não se configura como expressão de um “ser”, mas também de um “dever ser”. Ela significa muito mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, pois graças à pretensão de eficácia, conforma-se à realidade política e social e as ordena (HESSE, 1991).

Compromissada com a transformação da sociedade, a fim de que não adquira natureza eternamente estéril, a Constituição somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, isto é, a sua força normativa, embora não possa realizar nada por si só, pode impor tarefas (HESSE, 1991).

O novo movimento político, social e cultural sugere uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, denominada por Canotilho (2003, p.52) como o constitucionalismo moderno. Este é cunhado a partir de um conceito ideal totalmente independente dos modelos históricos de constitucionalismo¹⁰, radicado em duas ideias básicas: 1) ordenar, fundar e limitar o poder político; 2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 2003).

O Brasil, imerso na cultura jurídica ocidental, com o processo de redemocratização consolidado pela Carta Política de 1988, conquistou nova realidade jurídica fundada em signos valorativos que assumiram status de direitos fundamentais

¹⁰ Canotilho anota que as dimensões fundamentais incorporadas por este “novo” documento escrito podem ser resumidas como “(1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 19. reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

e garantias individuais. A força normativa da constituição e sua eficácia irradiante assinalaram a era do Constitucionalismo Contemporâneo, atingindo, inclusive, os microsistemas de Direito Privado.

Conseqüentemente, as intersecções entre o Direito Público e Privado conduziram a uma releitura do Direito Civil, que não poderia mais ser abordado somente a partir dele próprio. Dessa forma, as relações privadas, em obediência à constitucionalização do ordenamento jurídico, passaram a conjugar a função individual (já tradicionalmente reconhecida) e a função social, ambas orquestradas pelos princípios constitucionais.

Não mais existia o homem, mas sim a pessoa humana, posta em patamar diferenciado, orientando a ordem jurídica para a realização de preceitos da pessoa humana como titular de interesses existenciais para além dos meramente patrimoniais.

Delineando esses novos contornos, Reis (2003, p. 779-780):

[...] em razão do princípio da constitucionalidade, há a exigência de que todos os atos praticados o sejam de acordo com seus princípios sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia. [...] Dessa forma, muda o paradigma do direito privado, ao invés da proteção patrimonial ditada pelo ideal burguês, do sistema liberal, passa-se a proteger a pessoa humana, ocorre o fenômeno da despatrimonialização do direito privado, ou seja, em obediência à sua constitucionalização, há a predominância do princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Ocorre, assim, a repersonalização do direito privado, no sentido de (re)colocar o indivíduo no topo da proteção deste direito privado [...] (REIS, 2003, p. 779-780).

A valorização da razão, da moral e autodeterminação da pessoa erigiu a dignidade da pessoa humana a objetivo político e jurídico. Entretanto, transcorridos 32 anos desde a nova ordem constitucional, a positivação de tais valores pela Carta Política não os integrou substancialmente aos vínculos sociais, sendo necessário transformá-los em valores caros à sociedade.

Por tudo quanto exposto, não mais se concebe uma dicotomia jurídica, em que pese se conserve, ainda, a dicotomia público-privada social, de modo que esta atua, naquela esfera, como complementar. Desfeita a ambigüidade, no conteúdo privado encontra-se o público, assim como ao público interessa o privado.

Diante da premência da construção de novos paradigmas na pós-modernidade é que se pretende compor a presente pesquisa, uma vez que a transformação reclama maior perspicácia e sensibilidade quanto à ampliação da

defesa da dignidade. E tal aspiração somente se concretizará mediante a proposição de novos instrumentos ajustados ao compromisso com o bem comum.

Passando a pessoa humana a constituir o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, a funcionalização de tal fundamento se deu por meio de leis voltadas especialmente ao atendimento dos interesses dos seres humanos, tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, considerados microssistemas que atendem à tutela da pessoa humana em obediência à Constituição Federal e circundantes do Código Civil.

O reconhecimento do pluralismo social e a estruturação das relações evidenciaram direitos estruturais a serem respeitados tanto no espaço público quanto no privado, que passaram a ser pensados sob a perspectiva de concretude em razão da insuficiência de sua proclamação em abstrato.

Os direitos fundamentais, como são concebidos atualmente, prescindem de justificação e devem ser protegidos. Isso significa que sua tutela dispensa novos fundamentos absolutos. A dignidade humana no Brasil já está devidamente assegurada, mas a superação da crise ocorrerá no tratamento do caso concreto mediante a utilização dos fundamentos já previstos no ordenamento jurídico.

Nesse horizonte, o intuito deste primeiro capítulo é demonstrar que a integridade da pessoa humana deve ser mantida e não dissolvida na generalidade, deslocando o outro do papel fictício para transformá-lo em um rosto, com o cuidado de não sobrepor sua individualidade ao corpo social, pois ainda que se persiga a concretização da dignidade, não se pode preterir o seu viés coletivo.

2.2 A personalização do Direito Civil: do homem privado à pessoa humana

Como já referido, o Código de Napoleão influenciou todo o processo de codificação do Direito Civil no século XIX, caracterizado pela clara separação entre as leis civis e as leis públicas. A partir de então, o Direito Civil passou a ser identificado como Código Civil, lei que regulava as relações interprivadas, notadamente o estado das pessoas e suas capacidades, a família e, principalmente, a propriedade. Aliás, a

propriedade, era considerada o reino da liberdade individual, o instituto central do *Code*¹¹ (MORAES, 2016).

Em tal tempo e contexto nasce o sujeito de direito gestado no bojo do patrimonialismo, trazendo ao centro do ordenamento jurídico o sujeito proprietário, “*persona* conceitual formalmente ao alcance de todos que são, nessa configuração, iguais *perante* a lei” (FACHIN, 2015, p. 14). Todavia, o mito não demoraria a ser derrotado por se tornar inegável a igualdade *na* lei.

Esse sustentáculo do liberalismo impunha severos limites ao Estado, cingindo sua atuação somente quando instado pelos particulares. Do contrário, sua tarefa era garantir a coexistência pacífica nas esferas individuais para que estas pudessem viver suas próprias regras com o máximo de liberdade.

De uma forma geral, as codificações que se seguiram ao Estado liberal foram influenciadas pelo individualismo jurídico. Tal não foi diferente no Brasil, cujo paradigma era a proteção do cidadão proprietário, significando a exclusão da grande maioria de sua tutela (REIS, 2009).

Em solo brasileiro, o Direito Civil manteve-se regulado pelas Ordenações Filipinas até a edição do Código Civil de 1916, pois a independência e proclamação da República vieram, respectivamente, nos anos de 1822 e 1889.

O viés patrimonialista do Código sempre foi bastante criticado, mas significou um grande avanço para a sociedade brasileira. O rápido crescimento do país logo após o início de sua vigência foi solo fértil para a frutificação no sistema social vigente (GOMES, 2006).

Sob a mira das relações privadas, destaca-se que na primeira metade do século XX houve um grande desenvolvimento econômico e industrial, pois o teor patrimonialista fortaleceu o comércio e a prestação de serviços. Em suma, o sistema de normas privadas correspondia às aspirações de um certo segmento da sociedade, detentor do poder e que, através dele, impôs essa “seletividade” no estabelecimento de caminhos nas relações.

Todavia, como já enfatizado anteriormente, as mudanças políticas, econômicas e sociais no século XX reclamaram intervenções econômicas mais

¹¹ O artigo 544 do Código francês conceituava a propriedade: “La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. Em tradução livre: “A propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”.

incisivas e frequentes, e o Estado passou de liberal a interventor, ditando as regras do jogo, operava-se gradativamente a transformação das funções do Direito Civil moldado pelo individualismo dos séculos anteriores. Isso porque com a industrialização, o indivíduo concebido sob a óptica isolada passou a ser visto sob a perspectiva de associação, como um ser integrado à sociedade.

Superadas as fases de conquista da liberdade e exploração econômica dessa mesma liberdade, conforme observa Maria Celina Bodin de Moraes (2016, p. 07), o Estado assumiu funções antes desempenhadas pela iniciativa privada. Essa modificação se deu não no sentido de invasão da esfera pública pela privada, mas sim como resultado da transformação estrutural. Esse contexto abrigou o conceito de Direito Civil amplo o suficiente para somar à tutela dos interesses e atividades da pessoa humana instrumentos próprios do Direito Público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais às relações interprivadas (MORAES, 2016). Isso porque, já a partir da década de 1970, as legislações originariamente civis sofreram influências multidisciplinares, rompendo a peculiar concentração de matérias para conjugar vários ramos do Direito em um mesmo diploma legal, conferindo dinamismo aos seus instrumentos (LÔBO, 1999).

Relativamente ao Direito Civil na legalidade constitucional, Perlingieri (2008, p. 570-571) formula crítica aos doutrinadores que delegam atuação residual à Constituição, considerando-a exclusivamente como limite ou barreira às normas ordinárias sem incidência sobre a atividade interpretativa das disposições ordinárias.

É evidente que a força normativa da Constituição não se trata apenas de um deslocamento topográfico no ordenamento jurídico, mas implica a eficácia irradiante de seus preceitos exatamente por ostentar status de Lei Fundamental. Em termos práticos, é a aproximação da Constituição à realidade dos jurisdicionados.

Inobstante tal formulação, Perlingieri (2008, p. 571) reconhece que por vezes as normas constitucionais se propõem a estabelecer limites ao legislador ordinário, mas também frequentemente, com o mecanismo de reserva de lei, atribuem a este a tarefa de traçar “os limites máximos da restrição de um direito, [...] prevendo por vezes as necessárias garantias [...]”.

Ao entender a norma constitucional como limite àquela ordinária se individualiza, como destinatário da primeira, prevalentemente, se não exclusivamente, o legislador, reduzindo assim a ordem constitucional a uma função de delimitação das regras do jogo e subtraindo-lhe aquela capacidade promocional, que, ao contrário, a natureza das próprias normas em objeto e

razão histórico-políticas induzem a lhe atribuir de forma privilegiada (PERLINGIERI, 2008, p. 571-572).

Nesse aspecto, não se pode pensar que o Direito Civil sufragou ou perdeu a sua autonomia em face da constitucionalização do Direito Privado. O fenômeno não o anulou, mas sim qualificou os valores privados existentes.

Dito em outras palavras, as intersecções entre o Público e o Privado redimensionaram a dicotomia solvendo as barreiras excludentes, criando um espaço comum de diálogo.

No Brasil, a fase de Estado interventor permitiu a edição de inúmeras leis esparsas “em razão de que este ainda fundamentado no sistema individualista liberal não reunia condições de regular os interesses sociais, ensejando o processo da publicização do direito privado” (REIS, 2009, p. 132).

O Estado passou a intervir na organização da vida econômica a fim de diminuir as desigualdades materiais, fenômeno reconhecido na Europa como Estado Providência. Muito embora o referido Estado de Bem-Estar Social não tenha aqui se concretizado, o Brasil acompanhou essa tendência por meio da edição de diversos microssistemas jurídicos, com intuito de alcançar a justiça social, consagrando-se como Estado Interventor¹² (REIS, 2007).

Nesse esteio, toda a legislação infraconstitucional, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, retirou do Código Civil a centralidade no Direito Privado, fazendo-se presente em todo o tecido normativo e tornando inaceitável a rígida e clássica dicotomia Público e Privado.

No cenário das relações de Direito Privado, o indivíduo do Código Civil de 1916 (precedido pelo sujeito de direitos) cedeu lugar à pessoa humana, centro da nova ordem jurídica que privilegia a proteção da pessoa em concreto.

O primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir de dados da realidade, computando suas diferenças sempre que for necessário reconhecê-las para sua tutela integral (TEPEDINO, 2016).

¹² *Welfare State* “adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea”, contrapondo-se ao modelo de Estado Liberal, no qual o Estado atua como garantidor da paz social em uma sociedade composta de “indivíduos livres e iguais”. MORAIS, José Luís Bolzan de, em *As crises do estado contemporâneo América latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. VENTURA, D. de F. de Lima (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 88.

À perda da centralidade do Código Civil como o “código (exclusivo) da vida privada” seguiu-se a emigração, para o Direito Constitucional, dos princípios do Direito Civil, determinando a Constituição os preceitos diretores de institutos privados, sobretudo a propriedade, a personalidade e a família (MORAES, 2016, p. 29).

O “direito civil-constitucional”, conforme acentua Maria Celina Bodin de Moraes (2016, p. 29), tem significado formal quando se identifica o tripé do Direito Civil – pessoa, família e patrimônio – na Constituição Federal. Outro significado que lhe é atribuído é o de incidência direta das disposições constitucionais sobre a totalidade das relações interprivadas, procedendo-se à releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição (MORAES, 2016).

Dessa forma, a incidência franca da Constituição Federal na esfera interprivada, principalmente nos contratos, propriedade e nas famílias, deu-se à luz de comandos inafastáveis de proteção à pessoa. O seu livre desenvolvimento consolida-se como cerne do ordenamento jurídico, evidenciando a primazia dos valores existenciais relativamente ao protagonismo do personagem burguês que, no Código de 1916, travestia-se de diferentes roupagens: o proprietário, o marido, o testador e o contratante.

Diante de tais fenômenos factuais que revelam não uma sobreposição, mas complementação, a constitucionalização do Direito Civil não significa o deslocamento topográfico de normas privadas para cartas políticas ou tratados internacionais, mas sim procedimento de compreensão e interpretação do ordenamento diante de sua complexidade, de modo que os valores constitucionais se incorporem à legislação infraconstitucional (TEPEDINO, 2016).

Nessa esteira, o Estado liberal, que agasalhara a concepção racionalista codificadora das relações privadas, viu-se no contingenciamento da autorregulamentação sob a vigilância das garantias fundamentais. Assim, o Código Civil paulatinamente foi reinterpretado pela Constituição.

Atualmente, já iniciada a terceira década do século XXI, a problematização é constatada pela desigualdade das oportunidades para o desenvolvimento existencial. Muito embora, como já afirmado, os direitos e garantias integrem o conteúdo da dignidade da pessoa humana, suscitando a discussão sobre a efetividade do Direito para conferir pragmatismo às ferramentas existentes no sistema jurídico brasileiro.

Não se trata mais de reconhecer que o Direito tem as respostas, mas sim de compreender a sua função para alcançar um comportamento humano responsável e comunitário, sem relegar a segundo plano a autonomia individual.

Calha aqui analisar, ainda que de modo breve neste capítulo, uma vez que relevante para a fundamentação dessa mudança de paradigma, a teoria funcionalista do Direito formulada por Norberto Bobbio. Apesar de essa teoria não ser contemporânea, o momento vivenciado no país demonstra claramente a sua atualidade. É indiscutível a necessidade de sanções positivas como promotoras de condutas consideradas referenciais, baseadas não apenas na estruturalidade, mas também na função promocional.

Na visão de Bobbio (2007, p. 02), somente a partir dos anos de 1960 o Direito deixou de ser um fenômeno repressivo e sancionador para ser promotor e bonificador. O Estado deveria responder adequada e suficientemente às necessidades de uma sociedade altamente complexa, cuja atuação meramente repressiva e coativa se mostrara insuficiente para a concretização de direitos sociais (BOBBIO, 2007).

Diante do fato de o Estado não mais exercer simplesmente um controle social, mas almejar “o promover”, direcionando-se, na gestão da sociedade, a intervir na economia, Bobbio assinala que seu poder deveria ser o de endereçar condutas reforçadas pelos incentivos e não só as coibir pelas sanções. A parcimônia estatal deveria se transformar ativamente para fomentar interesses gerais maiores.

Para a análise da função do Direito, Bobbio parte da teoria pura do Direito formulada por Hans Kelsen, que via o ordenamento jurídico como um conjunto de normas indicativas de um dever-ser, mantendo-se alheio aos fatos sociais, afirmando que o Direito prescinde de fatos não jurídicos. Claramente Kelsen privilegia a concepção estrutural do ordenamento, reportando a análise funcional aos sociólogos e filósofos, excluindo-a, portanto, do universo jurídico.

Na busca dessa exatidão de raciocínio, os positivistas do direito não poderiam considerar objeto da teoria jurídica as ações humanas, em razão de sua variabilidade imprevisível e de sua extrema complexidade. Restavam assim, como objeto próprio de uma análise que se pretendia científica do direito, unicamente os textos normativos, considerados sob dois aspectos: na precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições (COMPARATO, 2016, p. 356-357).

Nesse período, o Direito resumia-se a fórmulas normativas, expurgando-se todo o conteúdo político, religioso e econômico. Dito de outro modo, os juízos próprios

da teoria jurídica não eram valorativos, mas silogismos ou puros juízos de fato (COMPARATO, 2016), criando-se uma clara separação entre o Direito e a moral.

Com lastro no positivismo jurídico, Kelsen define que a estrutura específica do ordenamento intenta um fim singular que é assegurar certeza, mobilidade e eficácia ao sistema normativo, salvaguardando a confusão entre o Direito positivo e o Direito ideal (BOBBIO, 2007). Definindo assim o Direito, o autor reconhece que sua função nos ordenamentos sociais organizados é a de induzir os associados a certos comportamentos desejados, nem que para isso seja necessário o emprego da força.

Importante ressaltar que Bobbio não rejeita a ótica estruturalista kelsiana; ao contrário, pois na passagem do Estado liberal (reativo e garantidor) para o Estado social (promovedor), a análise funcionalista do Direito, além de reprimir condutas prejudiciais, devia também premiar condutas desejáveis para que o bem comum e a paz sejam assegurados.

A partir dessa premissa, Bobbio afirma que a grande maioria dos juristas se preocupou em saber “como o direito é feito” em detrimento do “para que o direito serve” (BOBBIO, 2007, p.53).

Em outras palavras, a teoria pura formulada por Kelsen instrumentaliza o Direito no sentido de que através dele se alcance um fim específico já identificado pelo legislador. No entanto, na visão funcionalista, essa aceção limita a sua utilidade para atingir os mais variados fins (necessários), conforme a sociedade que busca regular.

Essa técnica de controle social exercida por quem detém o poder coercitivo importa em uma autolimitação que, muito embora não invalide o positivismo jurídico, circunscreve seu âmbito, como se verá no último capítulo desta tese.

Por essa razão, afirma-se que a teoria pura do Direito foi complementada pela teoria funcionalista do Direito. E, como bem ressalta o filósofo italiano, aceitar a função como elemento essencial do Direito não implica na rejeição da visão estrutural; não se trata de um repúdio, mas de um complemento.

A análise estrutural concebe o Direito como um sistema que não examina precisamente as suas funções em relação aos seus destinatários. No âmbito do Estado democrático e que, para honrar os direitos, é também social, intervencionista e proativo, são inegáveis os fortes impactos na vida das pessoas, emergindo daí a necessária análise da função do Direito.

A perspectiva funcional revela que os fatos sociais têm influência na esfera jurídica; o Direito, ao direcionar o comportamento humano, reclama informações mais

precisas sobre os destinatários das normas e suas condutas. A relevância da sua articulação à sociologia jurídica evidencia-se, sem, contudo, desdenhar da análise da dinâmica interna de funcionamento do ordenamento jurídico.

Tanto Kelsen quanto Bobbio reconhecem que, em todos os fins possíveis almejados por um grupo social, há um propósito mínimo ou comum que se apresenta não só preferível, mas necessário: a ordem ou paz social. Sendo assim, se o fim da ordem só pode ser atingido pelo Direito, ele possui um meio específico para um fim específico (BOBBIO, 2007).

Se o Direito assegura a paz na comunidade, então ele é essencialmente um estado de paz, embora relativa, pois priva singularmente as pessoas e não a comunidade inteira, ou os que a representam, do poder de usar a força¹³ (BOBBIO, 2007).

No momento em que se afirma que o Direito garante pelo menos a segurança coletiva, quando não a paz, esse fim determinado torna-se um elemento da definição funcional do Direito. Refuta-se a matriz kelsiana, uma vez mais o Direito não é apenas um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim específico.

Apoiando-se no fato de que o Direito é composto de normas repressivas que estabelecem um nexo de imputação entre o ilícito e a sanção (negativa), conclui que “as sanções são dispostas pelo ordenamento jurídico para obter um dado comportamento humano que o legislador considera desejável” (BOBBIO, 2007, p. 61).

Nessa perspectiva estrutural, o Estado determina as regras do jogo e institui o arbítrio, tendo como principal estímulo a coação e como efeito a sanção, promovendo, repita-se, respostas limitadas por meio desse controle social repressivo.

É premente o uso de técnicas de encorajamento pelo Estado. Em face da insustentabilidade daquela ótica, a normatividade das regras punitivas e proibitivas não oferece mecanismos que proporcionem adequado acesso aos objetivos das relações jurídicas de direitos sociais no panorama da contemporaneidade.

A função do ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio de sanções negativas, mas também direcionar esses comportamentos para certos objetivos preestabelecidos pelo Estado programático.

¹³ Posteriormente, Kelsen substitui a ideia de paz pela “segurança coletiva”, sustentando não ser possível ir além do estado que “visa à paz”, pois a sua plenitude não é atingida senão de forma parcial, passando a empregar “estado de segurança coletiva” (BOBBIO, 2007, p. 59).

A concepção tradicional vê o homem como mau, com tendências antissociais, e por isso deve ser controlado. Já o Direito como ordenamento diretivo, parte da premissa de que o homem é inerte, passivo ou indiferente, e por isso deve ser estimulado, provocado, solicitado.

Entende-se inoportuno versar, neste momento, especificamente sobre o fato de que o Direito é tradicional e preferentemente considerado meio de conservação do que instrumento de transformação. A análise será melhor realizada nos capítulos subsequentes, os quais abordarão as mudanças que o Direito deve operar para que o ordenamento regule as normas de criação, substituindo as velhas regras pelas novas e adaptando-se às mudanças para se alcançar a justiça social.

No panorama da Constituição brasileira, sob o prisma da teoria funcionalista do Direito, conclui-se que o Estado exerce a sua função (social, promocional) com a promessa de uma vantagem decorrente de uma ação desejada, e não apenas como sanção ou ameaça a um mal ou ação indesejada, utilizando-se mais frequentemente das sanções positivas.

Constatada a crise da teoria pura do Direito pela descoberta de sua função promocional, e percebendo-se que ele pode direcionar comportamentos em conformidade com objetivos preestabelecidos, a aplicação da teoria de Bobbio no presente trabalho, como se verá, gera consequências práticas da aplicação do princípio da solidariedade, no âmbito das relações privadas, relativamente ao idoso superendividado. Assim, contribui para a construção da sociedade brasileira mais justa e livre.

A Constituição Federal alinha-se à concepção funcionalista do Direito conjugando em seu artigo 3º a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com o desenvolvimento nacional, gerando a sanção positiva estampada nos incisos subsequentes: promoção do bem de todos por meio da redução das desigualdades sociais e regionais, para a erradicação da pobreza e da marginalização.

Incurtionando-se pelos caminhos da esfera privada especificamente, superados os 32 anos de alteração do eixo valorativo central do ordenamento jurídico brasileiro, não é suficiente acentuar a prevalência dos interesses existenciais (e de personalidade) no Direito Privado, ainda que tal seja uma premissa pacificada pela doutrina. É preciso reconstruir o Direito Civil conservando-se o ideal de liberdade, mas com “uma tutela qualitativamente diversa” (PERLINGIERI, 2008, p.122).

Essa alteração da qualidade referida por Perlingieri pode ser identificada no ordenamento pátrio como os parâmetros da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, sob o abrigo da igualdade (formal e substancial) a ser promovida pelo Estado e sociedade civil.

O Código Civil teve preservada sua força reguladora e manteve a autonomia privada e a liberdade como pilares da esfera privada. No entanto, a esse cosmos patrimonialista foi integrada a especial promoção (e proteção) da pessoa humana, rompendo a tradicional espacialidade dicotômica.

O Estado programático, que tem por fundamento, entre outros, a dignidade humana e a paz social, que é o seu fim almejado, significa muito além da emancipação para o exercício das liberdades; é a distribuição da justiça com respeito à liberdade, sob o manto da solidariedade.

O Estado Democrático de Direito, para se desincumbir da tarefa de debelar as desigualdades sociais e regionais para o alcance da justiça social, determina, inclusive, que o Poder Público utilize (como instrumento privilegiado) a intervenção na ordem econômica, pois não se pode estabelecer um regime democrático sem o dever de intervir promocionalmente no desenvolvimento da economia (MORAES, 2016).

Significa que aos valores existenciais da pessoa somam-se os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como principais fundamentos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no sentido de tornar efetivos os direitos de todas as pessoas.

Convém relembrar mais uma vez a relevante contribuição de Norberto Bobbio, ao afirmar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (BOBBIO, 2004, p. 23), reforçando, assim, a premência de se conferir efetividade aos instrumentos e institutos jurídicos. Isso porque as desigualdades acirradas pela ideologia individualista reclamam a intervenção do Estado por meio de um dirigismo contratual, deixando o legislador de simplesmente estipular regras limitadoras e integrando a elas metas sociais e econômicas.

O Direito Civil “como espaço de liberdade patrimonial garantido ao proprietário e contratante expande-se na promoção da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional” (TEPEDINO, 2016, p. 21), legitimando a atuação do Estado interventor a partir do fundamento da tutela máxima à dignidade da pessoa humana.

Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extrapatrimoniais, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função (FACHIN, 2015, p. 49).

A busca de soluções consentâneas à concretização dos valores existenciais mostra-se premente, tendo como caminho o equilíbrio entre a igualdade formal e material, esta sob a perspectiva do reconhecimento das vulnerabilidades, como é o caso dos consumidores idosos.

Não se pode esperar que a vida social, tal como ocorreu no século XIX, seja prevista pelo legislador, pois a dinamicidade e complexidade das relações travadas no espaço privado não comportam modelos de organização e comportamento, como se fosse possível prever os fatos da vida contemporânea.

Nessa trilha, não basta ao Direito Civil identificar quais institutos estão previstos no texto constitucional. A despeito do que já foi regulado pelo ordenamento, a norma é forjada pela experiência social que condiciona internamente o sistema jurídico, razão por que a pesquisa se atrela ao princípio da solidariedade no dever de informar, operando aquele como vetor de concretização da dignidade do idoso.

O Direito não tem todas as respostas, sendo imprescindível a análise acurada do caso concreto. Por esse motivo, decodificar os princípios constitucionais por meio de regras pragmáticas é tarefa hercúlea para o intérprete, senão impossível, sendo inafastável sua contribuição, porque revela-se fundamental na busca pela distribuição da justiça social.

2.3 A dignidade humana como princípio matriz: a construção de um conceito na trajetória entre Kant e o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro

As lutas sociais e políticas foram conquistando terreno ao longo dos séculos, solidificando as respectivas garantias que o momento reclamava, do que resultaram os direitos fundamentais inerentes ao ordenamento jurídico.

Na medida em que a ordem jurídica recepcionou esses direitos, as constituições também os abrigaram em seus textos, conferindo-lhes status mais elevado. Desse modo, o Estado, identificando-se com o constitucionalismo moderno,

passou a Estado Democrático de Direito, ou seja, operando uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito (CANOTILHO, 2003).

Nesse esteio, a concepção de liberdade dá-se de duas formas: liberdade de defesa em face do Estado, que seria a face negativa, e seu revés positivo assente no exercício democrático do poder, o que pode levar à formulação da ideia de que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política (CANOTILHO, 2003).

O grande desafio contemporâneo está em equilibrar a lei e a democracia para que o exercício da liberdade se conjugue à participação política. Dito de outra forma, o homem deve exigir a efetividade de seus direitos com o compromisso ético de respeitar também deveres e, para um convívio justo e pacificado, promover a harmonização entre ambos.

Nesse passo, não há como descurar da importância que a dignidade humana possui. A fim de se alcançar uma concepção jurídico-constitucional mais apropriada, é necessária uma aproximação do conteúdo e significado da própria dignidade. Parte-se da base estatal do processo de afirmação desse valor, bem como de sua importância e extensão no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como norteadores a liberdade e a autonomia inerentes ao ser humano para a sua realização como pessoa.

A concepção de que o homem é igual entre todos os demais foi lançada pelo Cristianismo, ideia amplamente difundida com as pregações de Paulo de Tarso que, seguindo o exemplo ético de Jesus Cristo, eliminou distinções entre judeus e gregos, escravos e livres, homens e mulheres, estendendo tal visão também ao Ocidente (COMPARATO, 2003).

Estabelecida a igualdade universal, ainda que efetiva somente no plano sobrenatural, à Igreja coube aprofundar o ponto de vista de uma natureza comum a todas as pessoas. Inicia-se, então, a elaboração do princípio da igualdade. Fabio Konder Comparato (2003, p. 20) destaca que “[...] é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos”.

Ao longo da Idade Média (séculos V a XV), o entrelaçamento entre a religião e a dignidade se intensificou, mas apenas em 1486, com Giovanni Picco, Conde de Mirandola, que a *ratio philosophica* começou a se afastar de sua subordinação à *ratio theologica*. Seu célebre discurso *Oratio de Hominis Dignity* (“Oração Sobre a Dignidade do Homem”) é considerado o manifesto fundador do humanismo renascentista no limiar da Idade Moderna (BARROSO, 2014).

Por esse enunciado, Pico della Mirandola justificava a importância da busca humana pelo conhecimento, trazendo o homem e a razão para o centro do mundo. Isso o levou a ser considerado herético pelo Papa Inocêncio VIII e ter suas teses proibidas pela Inquisição (BARROSO, 2014).

Por séculos, a atribuição de dignidade humana adstringiu-se aos cristãos católicos, horizonte que aos poucos se foi dilatando no período das conquistas marítimas do século XVI.

Nesse período histórico, destaca-se especialmente a preciosa contribuição de Francisco de Vitoria, navegador espanhol que considerava os indígenas, habitantes das terras a serem conquistadas, livres e iguais, e por isso merecedores de respeito como sujeitos humanos titulares de um direito natural (SARLET, 2015).

Paulatinamente, a Igreja Católica foi reconhecendo a condição de humanidade aos indígenas, sobrelevando-se o pensamento do Frei Bartolomeu de las Casas. Ele defendia os povos nativos da concepção dominante de que eram seres irracionais e incapacitados para ter fé, o que servia como justificativa à época para a escravidão. Muito embora a Coroa Espanhola também tivesse assumido oficialmente a posição de las Casas, a cruel e desumana exploração dos povos indígenas não foi efetivamente impedida (SARLET, 2015).

Apesar de a igualdade formal considerar todos titulares de dignidade, a realidade era diversa. Destacavam-se especialmente os aspectos penais da vida em sociedade, pois o tratamento dispensado aos condenados divorciava-se da concepção de dignidade. O processo era extremamente desumano para os violadores da lei, os julgamentos eram realizados por tribunais circunstanciais em face da descentralização, e eram compostos por juízes ocasionais sem qualquer formação jurídica ou qualificação específica. Além disso, o povo participava ativamente das decisões expressando sua concordância ou discordância com o veredicto (CAENEGEM, 2000).

Nessa época institucionalizou-se o duelo judicial, um combate empreendido na solução da disputa e formalizado pela utilização de provas de natureza divina ou sobrenatural. Embora a racionalidade integrasse o processo, era relegada a segundo plano (CAENEGEM, 2000).

Foi com Samuel Pufendorf, precursor do Iluminismo e pioneiro na concepção secular de dignidade humana, que a noção de dignidade deixou de ser fundamentada em uma qualidade natural identificada na posição social da pessoa ou associada à

tradição cristã. Já dando mostras do que futuramente se entenderia por dignidade, sustentava o filósofo alemão que a dignidade se constituía na liberdade de escolha do ser humano de acordo com a sua razão, sendo necessária, portanto, a liberdade de entendimento, a qual deveria ser respeitada inclusive pelo monarca (SARLET, 2015).

O século XVIII, conhecido como Século das Luzes, caracterizou-se por pensadores e idealizadores que acusavam que as ligações entre a Igreja e o Estado subordinavam o governo, e conseqüentemente toda a sociedade, a valores transcendentais, distanciando-se do objetivo de assegurar acesso universal aos bens para o maior número possível de cidadãos.

O ímpeto revolucionário também se instigou contra a intolerância religiosa que, na Europa, desencadeou inúmeras guerras, originando incisiva oposição dos iluministas, que defendiam a utilização da lógica e da Ciência como bases para as transmutações necessárias (COMPARATO, 2003).

Com o Iluminismo, que teceu inúmeras críticas ao *Ancien Régime*, o conceito de dignidade ganhou impulso em moldes mais humanos. Importante lembrar que o movimento censurava a desigualdade engendrada pela lei que mantinha os privilégios fiscais para a nobreza e o clero. Igualmente rejeitava as limitações impostas pela servidão, assim como à propriedade. Por fim, reprochava a intromissão da Coroa nos assuntos políticos porque tal franqueava a insegurança em face da imprevisibilidade das arbitrariedades do governo.

Nessa quadra histórica, e pelo menos até o final do século XVIII, a dignidade, além de qualificar certas instituições como a pessoa do soberano, a Coroa ou o Estado, manteve-se atrelada ao *status* pessoal, uma espécie de deferência àqueles merecedores de tal distinção porque integrantes de classe social mais alta (BARROSO, 2014).

Como se nota, a *dignitas* esteve por um longo período dissociada dos direitos humanos, decorrente da categorização das pessoas entrelaçada a uma classificação social. Como consequência, a desigualdade social era o critério de aferição da dignidade, e por isso o privilégio, o tratamento especial e os direitos exclusivos eram atribuídos àqueles que ocupavam lugares mais abastados na hierarquização da sociedade.

Era preciso romper as amarras do autoritarismo, da superstição e da ignorância impostas pela fé cega alentada na fase medieval. Assim, as novas ideias fizeram com que o Velho Mundo sofresse a fragilização de seu poder, a crença cega

na tradição foi substituída pela convicção de que o progresso se constituía no ideário novo para um futuro melhor.

As novas perspectivas baseadas na razão humana consolidaram o antropocentrismo, ao mesmo tempo que o liberalismo conquistou o seu espaço, alçando o individualismo a valor da sociedade (capitalista) e indubitavelmente respeitado pelo Estado.

Para que se possa compreender a concepção de dignidade que melhor reflita o valor do homem contemporâneo, parte-se do pressuposto de que cada ser humano possui um valor essencial e intrínseco, qualidade própria de todos e de cada um, a demandar o respeito à liberdade, autonomia, à vida, integridade física e moral, a compor um conjunto de direitos elementares que inibem a coisificação humana.

À guisa da existência de inúmeros pensadores na Época das Luzes, destaca-se especialmente o filósofo Immanuel Kant, que promoveu uma verdadeira revolução copernicana sobre a concepção de dignidade ao reconhecer o ser humano como aquele que possui valor, não podendo ser instrumentalizado para satisfação ou subjugação das vontades alheias.

Fundamentando-se em um método dissociado da experiência (que denominou como fatos *a posteriori*), seguindo o caminho de Descartes¹⁴, o filósofo frisou que muito embora o conhecimento se inicie pela experiência, não está adstrito a ela, já que os sentidos humanos projetam uma realidade distorcida do que por eles é apreendido. O verdadeiro conhecimento, pois, revela-se *a priori*, isto é, ultrapassa o empirismo e se fundamenta em preceitos racionais e independentes de toda experiência sensorial (COMPARATO, 2006).

Defendendo que a dignidade é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, e amparando-se na razão humana, Kant rejeita toda a religiosidade até então dominante.

Ao escrever a obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, o filósofo buscou estabelecer qual o princípio supremo da moralidade humana e, rejeitando o sentido religioso, estabelecer que o dever não é uma obrigação a ser seguida em razão de um ente superior, mas em decorrência da razão.

Na interação do homem com o mundo, a preocupação ética principal de Kant é a fixação de um princípio capaz de reger todas as ações humanas. Uma vez que as

¹⁴ A filosofia moderna deixa de ser meramente especulativa a partir de Descartes, que inverte a explicação: tudo o que se pode saber está na mente e não fora dela (COMPARATO, 2006, p. 292).

coisas atuam mecanicamente, distingue-se o homem pela capacidade de proceder segundo normas. Nessa linha de raciocínio, a lei invisível aos olhos é transcendente à individualidade humana e por isso a categoriza como metafísica, no sentido de demonstrar que a moralidade não se rege por mero acordo entre os seres; a ética tem uma base não visível que se encontra numa dimensão superior: metafísica (KANT, 2018).

Nessa concepção, não basta sentir algo como obrigação porque assentado como dever moral naquela sociedade. A racionalidade kantiana é singularizada por três predicados essenciais: 1) universalidade, pois que vigora para todos os homens e em todos os tempos; 2) soberania, porque não admite contestação por ser absoluto; e 3) formalidade, porque se caracteriza como fórmulas de dever-ser¹⁵.

A partir de Kant, a moralidade do ser humano se alicerça em novas bases. Pode-se resumir seu pensamento no imperativo categórico do dever-ser, mandamento com validade universal, independente de conteúdos fixos ou de um catálogo de virtudes. Na sua visão, os seres humanos têm o poder de autodeterminação em conformidade com as leis que adotam, uma autonomia originada da razão.

Para Kant o dever está acima da felicidade, intrínseca ao eu psicológico (individual), pois a felicidade é alcançada pela satisfação de desejos pessoais ou impulsos condicionados. A influência externa, que o filósofo denomina como o agir heteronomamente, revela a tendência humana de realizar escolhas na busca do aumento do prazer ou minimização da dor. Por tais características, liberdade para Kant é agir autonomamente, isto é, agir de acordo com a lei que o ser estabelece para si pensando universalmente.

Esse agir autonomamente reflete seu pensamento de que o ser humano é um fim em si mesmo e não instrumento ou meio para um resultado almejado, destacando-se a correta execução da ação e não especificamente a sua consequência - o que significaria aceder a desejos externos (agir heterônomo e utilitarista).

¹⁵ O prefácio da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* revela que seu objetivo em torno da ética é apontar os princípios puros do comportamento moral a partir da razão humana, os quais acabam por condicionar as experiências (Kant, 2018, p. 27). Dito de outro modo, a moral deve ser praticada a partir de regras imutáveis (transcendentais) e não por meio de escolhas pessoais e escravizantes do ser, em clara oposição à ideia de liberdade utilitarista.

Afirma: nada pode ser considerado como essencialmente bom exceto a boa vontade (intenção). Qualquer coisa tem o mesmo valor, depende do uso que a pessoa faz dela (Kant, 2018, p.33). A boa vontade é a vontade orientada para o bem com intenção justa e por isso tishada por valores positivos.

Assim, a boa vontade não poderá ser considerada boa pelas consequências que causa ou pelo que realiza, também não o é pelo objetivo (predeterminado) atingido, mas sim pelo valor intrínseco.

Reconhecendo a imperfeição humana, Kant (2018, p. 55) engendra fórmulas para expressar a relação das leis objetivas e da vontade em geral com a imperfeição subjetiva da vontade deste ou daquele ser racional, elaborando os imperativos que ordenam hipotética ou categoricamente. Os primeiros representam a necessidade prática de uma possível ação para se alcançar outra coisa que se queira; o imperativo categórico, por sua vez, é aquele que representa uma ação necessária para si mesma, sem relação com outro propósito¹⁶ (Kant, 2018).

A moral pertencente ao imperativo categórico é única e “significa que só se deve agir segundo a máxima da qual se possa querer que se torne uma lei universal” (KANT, 2018, p. 63). E porque é exercido segundo a autonomia e liberdade humanas, decorrentes da capacidade de raciocínio, desdobra-se conforme abaixo.

A fórmula geral parte do princípio da universalidade: “aja como se a máxima de sua ação devesse tornar-se, pela sua vontade, uma lei universal da natureza” (KANT, 2018, p. 63). Em outras palavras, significa perguntar: “eu ficaria satisfeito se a minha máxima valesse para todos e também para mim?”¹⁷ (KANT, 2018, p. 43).

O respeito à humanidade é, portanto, moldado na lei moral executada pelo dever, “acentuando, portanto, de um lado, a superioridade ética absoluta dos seres humanos em relação às coisas, e, de outro lado, a absoluta igualdade de todas as pessoas em sua comum dignidade” (COMPARATO, 2003, p. 462).

¹⁶ Tendo em vista a extensão do tema, o presente trabalho centrar-se-á nos imperativos categóricos, razão por que, relativamente às ações e condutas que não integram o campo da moralidade, pois nem todas as decisões têm este conteúdo e são definidas por Kant como imperativos hipotéticos, não serem abordados (que são comandos a serem seguidos para alguma realização e geralmente estão relacionados com a prudência e não com a moral).

¹⁷ Tem-se como um exemplo o fato de a pessoa, em um restaurante com serviço de *self service*, ingerir um dos alimentos do prato antes de aferir o peso deste. Na ótica utilitarista, não haveria maiores prejuízos ao restaurante e o desejo individual seria satisfeito. Porém, sob o prisma kantiano, é preciso analisar se: ao transformar essa prática em uma lei universal que admitisse igual direito a todos, ela seria aceitável em nível global? Alguém a criticaria?

Do imperativo categórico acima exposto, deriva o imperativo prático de agir de forma que o tratamento aos seres humanos, seja a si mesmo ou aos demais, a todo instante e ao mesmo tempo deve se ordenar como um fim e jamais como um meio (KANT, 2018).

Importa dizer que se trata do princípio da humanidade, que não é extraído da experiência, porque deve ser válido universalmente a todos os seres racionais, rejeitando a finalidade subjetiva. Ínsita está a vontade de todo ser racional como uma vontade legisladora universal, isto é, a vontade não é simplesmente submetida à lei, mas é, em si, autolegisladora (KANT, 2018).

A concepção kantiana se molda perfeitamente à dignidade do idoso superendividado fundamentando a política pública legislativa proposta no último capítulo da tese, que busca concretizar seus direitos fundamentais no campo das relações interprivadas, pois, ao sustentar que nenhuma ação deve ser realizada em desacordo com a máxima que possa ser universal, Kant ressalta que todos os seres humanos, considerando-se cada um e a coletividade, têm o dever, na mesma medida, de agir em conformidade com a lei geral. O fato de agir conforme essa lei desvela sua essência autolegisladora porque serve a todos, e não aos seus impulsos, sentimentos ou inclinações.

Nesse sentido, todo ser racional vive no *reino das finalidades* (Kant, 2018, p. 77) porque, considerado legislador universal, deve, sob essa perspectiva, avaliar a si próprio e suas ações. A definição de reino dada por Kant é a ligação sistemática entre os diversos seres baseada na lei universal, para a qual tudo tem um preço ou uma dignidade. Em outros termos, no lugar daquilo que tem um preço, pode ser colocada outra coisa equivalente; em contrapartida, o que está acima de qualquer preço possui dignidade (Kant, 2018, p. 77).

O que se refere às necessidades e inclinações humanas em geral tem um preço de mercado; aquilo que não pressupõe uma necessidade, mas está de acordo com um determinado gosto, isto é, como prazer de uma simples diversão gratuita que satisfaz nossa sensibilidade, possui um preço afetivo; mas o que leva em conta a condição pela qual algo possa ser uma finalidade em si, não possui um valor apenas relativo, isto é, um preço, mas um valor interno, ou seja, uma dignidade (Kant, 2018, p. 77).

O filósofo constrói sua teoria asseverando que se o bem-estar ou felicidade de alguém fosse o verdadeiro objetivo da natureza, a capacidade de raciocínio humano não faria sentido, bastaria seguir seus impulsos para atingir o objetivo com

maior precisão do que a razão. Ao mesmo tempo, se a razão fosse considerada um privilégio, sem que fosse submetida à traiçoeira condução de sua vontade (pura e simplesmente), oportunizando ao homem submeter a sua capacidade de ceder a esses impulsos, haveria também prejuízos a sua natureza (KANT, 2018).

E conclui que, diante da insuficiência de a razão conduzir a vontade com segurança comparada ao instinto natural, que muito mais seguramente obteria a satisfação de todas as necessidades humanas, ainda assim aquela que lhe foi atribuída como recurso prático para exercer influência sobre a vontade, “então a verdadeira missão da razão deve ser a de produzir uma *boa vontade*, não só como um meio para o outro objetivo, mas para ser boa em *si mesma*” (KANT, 2018, p. 36).

A boa vontade “é *absolutamente boa* quando não pode ser má, portanto, quando ao ser promovida a uma lei universal jamais pode se contradizer” (KANT, 2018, p. 79-80). Logo, a universalidade é a única condição pela qual a vontade não poderá se contrapor, revelando-se, assim, como um imperativo categórico.

A boa vontade significa a subordinação do homem ao que a teoria qualifica como legalidade geral (metafísica), que deve ser a única a servir de princípio à vontade, e, como já referido, orientada pelo agir de modo a estabelecer que a máxima individual também se torne uma lei geral. O entendimento kantiano serve perfeitamente como substrato ao princípio da solidariedade instrumentalizador da dignidade.

Por esse motivo, essa lei universal não pode ser casuística ou excepcional, ao contrário, deverá valer em todas as condições, abrangendo, inclusive, todos os seres racionais em geral. Fica claro que a regra universal a ser irrestritamente observada por toda a natureza racional não pode se atrelar a hipóteses meramente empíricas, não derivadas, *a priori*, da razão pura, fato que erigiria um obstáculo à universalidade (Kant, 2018, p.49).

Os impulsos hipotéticos, entendendo-se aqueles destituídos de razão e que movimentam os homens a maior parte do tempo, são necessidades próprias da existência e por isso considerados casuísticos. Por outro lado, a segunda categoria que define o agir como obrigação originada do sentimento de dever exprime a origem da moralidade, segundo Kant, o uso da razão¹⁸.

¹⁸ O fato de ser honesto ou salvar a vida de alguém implica um sacrifício pessoal. O que Kant busca é fundamentar essa premissa em uma esfera superior no sentido de transcender o interesse pessoal, daí o título da obra ser *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

Kant, no entanto, diante das consequências práticas de sua teoria, não ignora o fato de haver aqueles que riem da moralidade, que a consideram mera fantasia ou algo imaginário, aqueles que atrelam os conceitos de dever à experiência. O filósofo reconhece que se assim fosse haveria a certeza do triunfo, já que a prática ratificaria os preceitos, tornando mais fácil a apreensão de sua verdade.

Rebatendo tal refutação, adverte o pensador que não se trata de ações provindas das fontes puras do ser humano, mas principalmente de saber que, independentemente de todas as manifestações, a própria razão determina o que deve ocorrer (KANT, 2008).

Com base nessas premissas, pode-se afirmar que é plenamente possível, como tantas vezes já se comprovou na História, a mudança de paradigma em plena ambiência do Estado programático (pós-Constituição de 1988) que sofre profundo desgaste, abrindo espaço, no século XXI, para uma concepção contemporânea da dignidade. Se a inteligência conduziu a humanidade ao desenvolvimento do conhecimento, deverá servir como alicerce à compreensão dessa lei metafísica que deve reger a ação humana.

A compreensão da origem da moralidade kantiana abre espaço para desenvolver uma nova civilização engendrada na complexidade das tramas sociais características da atualidade. Da mesma forma que o avanço e o progresso se deram em nível tecnológico, pode-se alcançar a razão metafísica, legislação que rege a vida humana e produzirá mudanças na moral.

Essa metamorfose excede o bom senso porque há uma lei universal, cujo princípio supremo da moralidade sedimenta-se na autonomia da vontade humana, que regula a si mesma a partir da apreensão da lei impulsionadora do comportamento.

Por outro lado, é importante frisar que a lei moral não pode ser meramente instrumentalizada para se atingir os fins particulares e subjetivos que a natureza fenomênica do sujeito impõe, pois a incapacidade de dominação de interesses e desejos seria obstáculo ao imperativo categórico.

A fórmula da autonomia contida no mencionado imperativo revela a vontade humana como formuladora da lei universal, identificando o agente como titular da liberdade de determinação que o sujeita às leis que estabelece a si próprio. Não sendo assim, facilmente a lei, pura e simplesmente aplicada, é manipulada pelos interesses egoístas dos particulares, acentuados no mercado de consumo, como se verá no próximo capítulo.

Com base nessa premissa, o sujeito autônomo é aquele que dá a si uma lei que pode se tornar universal sob o ponto de vista da razão objetiva, sem concessões quanto a motivações subjetivas, promovendo, como já enunciado, a modificação da concepção de moral sob a virada kantiana, através da qual o homem tem o bem de todos como representação correta das leis morais.

Uma das críticas a se fazer em relação ao que seja autonomia para Kant é o fato de que os seres humanos não vivem seus conceitos e crenças, ainda que voltados a estabelecer uma lei universal, isoladamente.

Como se verifica essa liberdade diante dos inúmeros fatores externos condicionantes? Fatores de ordem econômica, psicológica, biológica e social? Também esses elementos devem ser considerados para uma análise da real dignidade humana, pois na medida em que o homem procura satisfazer seus impulsos, com raízes nos fatores acima mencionados, transforma a si mesmo em meio de obter um fim, ainda que a fonte seja ele próprio!

Tal preceito foi sedimentado com maior ênfase no século XX, quando a dignidade humana passou a integrar os inúmeros textos constitucionais. Notadamente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, documentos internos e internacionais consagraram a dignidade como valor fundamental, transpondo-a para além do conceito ético-religioso, adentrando o campo jurídico.

A integração à ordem jurídica desse macroprincípio foi se alicerçando paulatinamente e, no Brasil, consolidou-se com a Carta de 1988, sendo ele adotado como princípio *prima facie*, cujo cumprimento considera as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Assim, chega-se, finalmente, à concepção contemporânea de dignidade humana: atualmente, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas (SARLET, 2015).

A Constituição cidadã, com esse novo eixo axiológico além de suas inovações normativas, simbolicamente representou o “reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia”, deflagrando uma nova era no Brasil “timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático” (SARMENTO, 2006, p. 84).

Estabelecido o novo ponto de gravitação da ordem jurídica em torno da pessoa humana e de seus valores existenciais, o princípio da dignidade da pessoa humana integra o cerne da Carta Magna brasileira. Eleito como um dos fundamentos da República pelo artigo 1º, inciso III, não apenas vincula a ordem constitucional, como

também “costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, localizando-se no epicentro axiológico da ordem constitucional e por isso adentrando as relações privadas” (SARMENTO, 2006, p.86).

A dignidade da pessoa humana na contemporaneidade, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 9-10), é considerada sob quatro aspectos, tendo sua origem religiosa na identificação da pessoa humana como imagem e semelhança de Deus. Posteriormente, com o racionalismo, a dignidade passa a ser considerada como a valoração e autodeterminação da pessoa, que, ao longo do século XX, assume também viés político como um fim a ser buscado pela sociedade e pelo Estado, migrando aos poucos para o mundo jurídico, quando passou a integrar diferentes documentos internacionais e constituições de estados democráticos de direito.

Na acepção de José Afonso da Silva (2012, p. 181), os direitos fundamentais exprimem a ideia de direitos inatos ao ser humano, absolutos, invioláveis e imprescritíveis, sem os quais sua vida não é possível, e por isso garantidos de forma igualitária a todos os seres.

Por ser a dignidade da pessoa humana característica essencial do homem individual e coletivamente considerado, nessa esteira, adota-se o conceito trazido por Ingo Sarlet:

[...] é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2015 p. 70).

Pela perspectiva jurídica mensurada por Sarlet (2015, p. 70), a dignidade da pessoa humana possui as dimensões positiva e negativa. Ela estabelece restrições à ação humana como meio de proteção a atos degradantes, ao mesmo tempo em que deve ser ativamente promovida para que uma vida saudável seja acessível a todos.

Como já referido, elevar a dignidade da pessoa humana ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção oposta ao individualismo das codificações. Como princípio, consiste a dignidade no valor absoluto da Constituição, não podendo jamais ceder em relação aos demais.

Nessa tessitura de desenvolvimento humano, em que o homem alcança novas conquistas e logra progressos inimagináveis, o conceito poroso do que seja dignidade reclama “constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais” (SARLET, 2015, p. 50-51).

Seguindo o norte do autor, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem como um de seus desdobramentos o princípio da solidariedade, que se revela instrumento de sua concretização; porém, não apenas sob a perspectiva pessoal, mas principalmente a dignidade em nível de bem comum que, mais abrangente, assegura o valor absoluto de cada ser humano.

No meio do caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a *solidariedade*, com seu interesse voltado ao grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*). Seria um novo direito privado com função social, um *direito privado solidário* (MARQUES, 2014, p. 27).

Em tempos pós-modernos, estes novos sujeitos identificados pelo direito reivindicarão a sua própria lei, leis especiais e protetivas do diferente, dos vulneráveis, que vão ao encontro da concretização do princípio da igualdade que confere tratamento desigual aos desiguais (MARQUES, 2014).

Sem embargo, não basta o reconhecimento da liberdade sem que se confira as condições mínimas de acesso e gozo desta. Com o desenvolvimento da tese, ver-se-á mais detidamente essa liberdade no âmbito da teoria contratual moderna conjugada à hipervulnerabilidade do idoso. Neste momento, sinteticamente, significa dizer que a dignidade do idoso será respeitada quando a qualidade da informação que lhe é prestada for suficiente para cimentar anuência consciente e alinhada às condições pessoais, pelo sopesamento correto e realista dos benefícios e riscos do contrato de crédito consignado.

Nessa trilha, ao se violar o direito à informação inerente à fase pré-contratual, se está, nas palavras de Thadeu Weber (2009, p. 236), tratando a pessoa simplesmente como meio quando se a impede de consentir (livremente), porque desconhece a verdadeira intenção do outro.

Nesse caso, não há o respeito ao imperativo categórico da universalidade, pois a encenação de uma determinada situação desvela um proceder que não pode ser aceito universalmente. Isso porque não se oportunizará a livre escolha lastreada

na liberdade de consentimento segundo a acepção kantiana, já que não se concede as condições essenciais para a análise da situação à qual o sujeito se vinculará.

O que se pode concluir brevemente, pois a teoria contratual será mais profundamente analisada em momento posterior, mas é relevante acenar desde aqui, é que independentemente das atitudes humanas (ações visíveis), que na maioria das vezes têm em mira o amor próprio e a satisfação pessoal, o reconhecimento da existência de um dever moral, mesmo que a ele (ainda) se atribua a condição de ideal, corrobora o fato de que cada pessoa encerra em sua essência a boa vontade (aferível pela razão) e sabe, embora não externamente, a lei universal a ser estabelecida.

Conclui-se, portanto, que, à revelia das críticas feitas ao pensamento kantiano, a falta de prática da lei universal em nada modifica a teoria formulada pelo filósofo, já que prescinde das atitudes visíveis¹⁹.

Nesse horizonte, o dever universal de respeito à humanidade não é maculado, no entanto, inegável que também não é posto em prática, carecendo por esse motivo de positividade jurídica.

Nesse ponto, é possível retomar o elo entre os conceitos filosóficos kantianos e o princípio da solidariedade. Este se traduz como verdadeiro vetor para a concretização da dignidade da pessoa humana, porque qualifica a ação pela atenção à lei universal, efetivando direitos fundamentais na esfera privada, rejeitando, portanto, o utilitarismo como objetivo final.

Para que o princípio da solidariedade seja efetivamente aceito e aplicado, extrai-se da filosofia aqui exposta, que ele deve ser concebido sob o prisma do dever racional kantiano, compromissando os brasileiros a cumprir a norma constitucional a partir desse imperativo categórico *a priori*, excluindo o empirismo voltado à satisfação única de interesses pessoais.

Uma doutrina dos costumes misturada, composta de estímulos de sentimentos e inclinações e ao mesmo tempo de conceitos racionais, induz a uma hesitação dos afetos diante de motivações que não se submetem a nenhum princípio, e apenas casualmente podem conduzir ao bem, porém com mais frequência conduzem ao mal” (KANT, 2018, p. 52).

¹⁹ Kant lastreia tal assertiva por meio de um singelo exemplo, afirmando: “A lealdade na amizade não pode ser menos exigida das pessoas só porque até aquele momento não existiu nenhum amigo leal, pois este dever, como dever universal, antecede qualquer experiência, e se apoia na ideia de uma razão que determina a vontade por motivos *a priori*” (2018, p. 49).

Resumidamente, o idoso tem de ser tutelado primeiramente porque incumbe a toda a sociedade, além do Estado, a promoção de seu bem-estar e o emprego de todos os esforços para promover a sua dignidade. Antes de ser jurídico, esse dever é moral no sentido de atender ao imperativo categórico que, pelo seu racionalismo, supera o empirismo na ética.

Finalizando, a função da liberdade para Kant é a coexistência entre as liberdades das pessoas em conformidade com leis universais de conduta aferidas a partir de fórmula muito singela, bastando fazer a pergunta: “você também poderia querer que a sua máxima se tornasse lei universal?”.

Com base na premissa acima, não é necessária muita perspicácia para julgar se a vontade é moralmente boa a partir da avaliação da máxima que se pretende praticar: será ela reprovável não porque gera prejuízo iminente, mas porque não cabe como princípio em uma legislação universal?

Assim, os valores existenciais da pessoa humana serão compatibilizados com os interesses patrimoniais; porém, a autonomia, como já afirmado, conjugar-se-á com o dever de solidariedade.

Ao fim e ao cabo, para estabelecer uma ordem de cooperação solidária, basta questionar: “a máxima que pretendo para mim é passível de conversão em lei universal de um mundo do qual faço parte?”.

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO IDOSO E OS DESAFIOS DE SUA PROTEÇÃO EM FACE DO CRÉDITO MASSIFICADO E A BUSCA DA PROTEÇÃO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

“Quando eu uso uma palavra, disse Humpty Dumpty em tom de desdém, ela significa o que eu quero que signifique – nem mais nem menos.

A questão é, disse Alice, se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.

A questão é, disse Humpty Dumpty, quem deve ser o mestre – isso é tudo.”.

Lewis Carrol (Through the Looking Glass)

As descobertas científicas, médicas e tecnológicas elevaram a ancianidade a uma das grandes proezas do ser humano nas últimas décadas, emergindo a questão, inexorável, do envelhecimento saudável da população mundial. Portanto, a consequente inclusão desse estrato social no centro da agenda política, convergindo os interesses em investimentos públicos e privados com o fortalecimento de seus direitos humanos e fundamentais, em razão de sua maior e natural vulnerabilidade, deve ser no sentido de evitar a visão de que o aumento da expectativa de vida represente, ao invés de uma conquista, um problema.

Como fenômeno mundial, o fato de a natalidade não acompanhar de modo equilibrado a longevidade confere a todas as comunidades situações que requerem olhares cautelosos e diferenciados nas respostas para os desafios das novas estruturas populacionais, que têm ínsitos os custos econômicos e sociais, que a sociedade não está suficientemente estruturada para enfrentar. Isso se traduz como um problema social.

De acordo com Calado (2004, p. 25), assim como a juventude e a infância, a velhice em si não é um problema social. Contudo, poderá se constituir como tal se a

organização social, no enfrentamento das necessidades naturais dessa população, estiver ausente ou suas respostas forem insuficientes ou inadequadas à realidade.

Sendo irreversível o processo de envelhecimento, é premente o tratamento adequado para que se efetive a sua proteção na sociedade capitalista contemporânea. Esta é caracterizada pelo consumo rápido e descartável promovido por um imenso leque de informações insuficientes e confusas, que muito contribuem para o entrave estrutural e político existente.

Surge, então, a necessidade do redimensionamento do papel estatal para assegurar o mínimo de dignidade ao ser humano idoso. Ao mesmo tempo, a sociedade deve também dar seu contributo para que esta fase de vida preserve a funcionalidade cognitiva, de modo que a autonomia seja exercitada com integridade, contrapondo-se a uma cultura que não protege o conhecimento e desvaloriza a sabedoria adquirida pelos mais velhos.

A Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura com o Estado de Direito vigente até então, notadamente ao que se reporta aos direitos humanos, que muito pouco ou raramente eram exercidos em face do conturbado período de exceção sustentado pela ditadura militar.

A abertura democrática resultou na Carta Política de 1988, que deu forma e fundo às perspectivas frustradas pela repressão e uso da força, e conferiu status de sujeito de direitos a pessoas e grupos até então inexpressivos e até mesmo invisíveis, que não eram alcançados pelo sistema jurídico anterior. Por consequência, alterou-se sensivelmente a realidade, coordenando-se a autonomia da vontade nas relações privadas com a finalidade e interesse sociais constitucionalmente reconhecidos.

Os novos direitos foram perfilados em vários segmentos da sociedade brasileira, dentre os quais o dos cidadãos consumidores, pois a autorregulação do mercado neoliberalista referenciou inúmeras falhas e injustiças pela consolidação das desigualdades econômicas, que refletiram consideravelmente nas esferas sociais.

Nesse panorama, evidenciada a extrema fragilidade do consumidor, a Constituição elevou seu direito de defesa à categoria de direitos fundamentais, determinando o seu respeito quando do exercício da livre iniciativa, exigindo, ou pelo menos assim deveria ser, um equilíbrio.

Referindo-se brevemente ao microssistema específico de proteção do consumidor, percebe-se que tais sujeitos foram ascendendo gradualmente à condição de cidadãos pela ação política, revelando o mercado não apenas como local de

apropriação individual de bens, serviços e trocas de mercadorias, mas também *locus* de interações sociais complexas.

A partir de então, desenvolvendo esses atores novos papéis sociais e econômicos, o ambiente de consumo passou a ser um espaço onde a pessoa, superando a exclusiva satisfação material, encontrou do mesmo modo compensação simbólica. Desvela-se, portanto, um inovado viés: a pessoa como agente “treinado” para o consumo, diluída através dos sedutores estímulos de comprar e consumir, alimentados pela facilitada concessão de crédito.

Nesse universo do consumismo estão os idosos, que, ao longo das duas últimas décadas, despertaram o interesse do mercado e exigiram do legislador atenção especial na promoção de seus direitos. Tal ocorreu com a inserção de parâmetros para um tratamento mais humanitário, que estabeleceram preceitos na Carta Constitucional para lhes assegurar uma existência digna.

O aumento da expectativa de vida proporcionou o empoderamento econômico do idoso, respaldado pela estabilidade da economia e caucionado pelos benefícios previdenciários (em ascensão nas últimas décadas). Isso despertou o interesse do mercado de consumo e, mais especificamente ao que se pretende investigar, dos agentes financeiros no âmbito dos contratos.

A percepção de tal nicho de mercado por aqueles agentes ocasionou a condução, de forma tão sedutora quanto agressiva, da oferta de crédito, pois o risco de inadimplemento tornou-se inexpressivo pela segurança e confiabilidade proporcionada pelos descontos das parcelas contratuais diretamente dos benefícios previdenciários.

A aposentadoria, que tradicionalmente sinalizava inatividade pelo fato de a velhice significar recolhimento e ausência de papel social (RAMOS, 2002, p. 21), passou a ter o aposentado como ator social importante na destinação de bens e serviços específicos, explorando-se as peculiaridades emocionais dessa parcela da população.

Atingida a meta de reconhecimento e proteção dos direitos da pessoa idosa, o mercado capitalista brasileiro, então mais estabilizado pelo aporte financeiro originado pela renda (segura) do sistema previdenciário, amparado na manutenção da alta expectativa de vida, voltou sua atenção à oferta de crédito para estimular o consumo, identificando uma grande oportunidade de elevar os lucros financeiros.

Nesse ambiente, a vulnerabilidade do idoso foi agravada, pois o simples fato de ser consumidor já o deixa em desvantagem em relação ao fornecedor de bens e serviços, e mais exacerbada pelas suas condições de vida e capacidade cognitiva inerentes à etapa de vida experienciada.

A constitucionalização do Direito Privado promoveu a integração de todas as fontes legislativas que, ressystematizadas pelos valores constitucionais, oportunizaram novos caminhos a partir da empatia pelo outro em contraposição a condutas exclusivamente individualistas, a fim de, tonalizando-se a liberdade com a solidariedade, consolidar um renovado Direito. Esse “novo” sujeito de direitos passou a ser mais solidário e responsável na esfera privada, o que implicou uma convivência em condições muito mais dignas.

Sendo verossímil a afirmação de que a velhice fragiliza, não restam dúvidas de que se deve considerar as diferentes situações de vulnerabilidade em que os idosos se encontram. Disso decorre a necessidade de identificar as especificidades dessa fragilização para o adequado enfrentamento.

No presente capítulo serão abordadas as linhas sociológicas do reconhecimento da identidade do idoso e a representatividade dessa conceituação na concretização da dignidade, para então se destacar as consequências jurídico-sociais de ambas as proteções constitucionais voltadas a esses indivíduos especiais.

3.1 Envelhecimento da população e a tutela dos direitos fundamentais: a emergência da construção de uma identidade cidadã para o idoso brasileiro

A longevidade é uma conquista e vitória do ser humano, pois muito se investiu em pesquisas para a garantia de uma vida saudável, o que, por consequência, alavancou a longevidade. Por outro lado, viver muito não representa algo sempre tão positivo, já que a vida longa trouxe a lume uma outra face da realidade: a incapacidade de a sociedade dialogar acertadamente com a velhice.

A cultura ocidental, baseada na produtividade da juventude, criou o estereótipo de que o avanço da idade representa decadência do ser humano, que nessa fase adentra profundo e irreversível processo de letargia em razão da proximidade do fim da vida. Por ser uma visão característica dos mercados capitalistas, tal não ocorre somente no Brasil, mas nestas terras é possível identificar

claramente o paradoxo de o ser humano desejar viver longamente sem ser velho, o que muito bem identificou Paulo Roberto Barbosa Ramos (2002, p.07) ao afirmar que “a velhice é uma vitória com sabor de fracasso”.

A definição de idoso recomendada pela Organização das Nações Unidas (ONU) baseia-se na idade cronológica. Considera-se o início dessa etapa, nos países desenvolvidos, aos 65 anos, ao passo que nos países em desenvolvimento se recua aos 60 anos²⁰.

Embora a temporalidade, como critério objetivo, seja de suma relevância para determinar a proteção jurídica dos idosos, a análise é bem mais complexa. Além de a idade cronológica ser a contagem dos anos desfrutados, é necessário, ainda, abranger outros fatores substanciais - biológico, psicológico e social - para se aferir a proteção jurídica adequada.

A melhor compreensão do conceito perpassa diversos ângulos a partir dos quais o fenômeno pode ser estudado, compreendendo-se a velhice sob a perspectiva cronológica ou censitária, burocrática, fisiológica e psicológica ou subjetiva (BOBBIO, 1997b; SÉGUIN, 1999; HAYFLICK, 1997).

Quando a velhice é vista apenas formalmente, ela é cronológica ou censitária, pois se estipula um patamar que, uma vez alcançado, classifica a pessoa como velha. Prova disso são as comemorações de aniversário e a idade computada nos documentos de identificação. Já na velhice burocrática, atribui-se o direito à aposentadoria (HAYFLICK, 1997).

Simultaneamente, a velhice fisiológica assinala a fragilização experimentada pelo avanço dos anos e o conseqüente enfraquecimento do organismo, cujo declínio será tanto mais rápido quanto mais desfavoráveis as condições de vida. Por fim, há ainda a velhice subjetiva ou psicológica, que é a mais complexa: na medida em que a pessoa percebe que suas ideias, comportamentos e valores não são mais compatíveis com a sociedade, a visão a respeito de si própria a faz se sentir velha (SÉGUIN, 1999; BOBBIO, 1997b).

Logo, quando se objetiva estudar o fenômeno da velhice com o intuito de ampliar a compreensão, deve-se partir da premissa de que essa etapa de vida não significa privilégio de certas pessoas, mas sim um fenômeno natural que será

²⁰ A disparidade de idade se dá em razão do nível de desenvolvimento dos países, que influencia diretamente na expectativa de vida de seus habitantes. No Brasil, o Estatuto do Idoso prevê os 60 anos de idade como o marco cronológico para definição da velhice.

vivenciado por uma parcela cada vez maior da população. A análise mais detida da velhice importa desconstruir a concepção de que tal etapa é uma face silenciosa e torturante da vida dos idosos brasileiros que, em razão das desigualdades sociais, experimentam senectudes diversas.

É de suma importância para construção da pesquisa, no intuito de responder ao problema formulado, avaliar a realidade brasileira no que tange ao tratamento dispensado ao idoso, a fim de entender, posteriormente, de que forma o modo de organização socioeconômica reflete enquanto étnos no fenômeno do superendividamento.

Nas últimas décadas, a velhice se transformou em tema suficientemente relevante para integrar a agenda política, conduzindo debates sobre os desafios enfrentados pela sociedade brasileira no cuidado a ser dispensado ao idoso. Além do pensar as políticas públicas, desponta o idoso como definidor de novos mercados de consumo e lazer, demonstrando que é um ator que não mais pode se ausentar do conjunto de discursos produzidos²¹.

Considerando-se, como ponto de partida, a identidade cronológica, o envelhecimento ganha expressão e se legitima como preocupação social em virtude de constituir parcela da população cada vez mais representativa do ponto de vista numérico. Todavia, essa óptica tradicional é insuficiente, pois a população idosa muitas vezes é considerada um fardo a onerar as políticas públicas, sobretudo no âmbito da seguridade social. Paradoxalmente, como se abordará futuramente, desta feita sob o viés econômico, é o amparo da seguridade social que contribui para a estabilidade dos proventos dos mais velhos que, em razão disso, compõem um nicho de mercado altamente rentável no âmbito dos contratos de concessão de crédito.

Considerar que as mudanças na gestão do envelhecimento devem ser baseadas apenas no resultado mecânico do aumento de pessoas idosas (envelhecimento demográfico) e na estrutura etária é limitar a reflexão sobre o conjunto de questões que interessa investigar nesta tese.

Nesse norte, é suficiente considerar o envelhecimento físico ou a idade legal como critério homogeneizador para o tratamento das questões pertinentes? Como os

²¹ A Organização das Nações Unidas proclamou que a pessoa tem direito a uma vida saudável, porém, ainda é de se questionar se os velhos são sábios ou um peso. Se considerados um peso, é preciso ainda refletir se não é a sociedade que torna fatigante a vida dos que envelhecem.

projetos de vida, no maior nível possível de dignidade, são rearticulados em suas diferentes faixas etárias para promover o envelhecimento adequado a partir da perspectiva da autonomia?

Guita Grin Debert (1999, p. 13) afirma que o processo de “socialização progressiva da velhice” ocorre na medida em que ela é transformada em questão pública, ao transpor a senectude da esfera essencialmente privada para a sociedade, gerando um conjunto de orientações contraditórias entre Estado e organizações privadas. Ao mesmo tempo, complementa a autora, há a sistemática “reprivatização da velhice”, cujo cerne está na responsabilização individual do idoso pela condição em que se encontra (DEBERT, 1999, p. 14).

A reprivatização imputa ao idoso a responsabilidade pela condição arrostada na velhice, seja ela positiva ou não, como resultado de um processo em que essa etapa de vida é caracterizada pela ausência de papel social. Através desse olhar, é bem provável que se retire a questão do envelhecimento do leque das preocupações sociais, limitando-a à esfera de autonomia de cada um (DEBERT, 1999, p. 14).

Muitas iniciativas surgiram ao longo das últimas décadas. Destacam-se os programas de convivência de grupos da “terceira idade”, escolas e universidades com programas dirigidos aos idosos, que promoveram substanciais modificações de sua identidade em razão da melhor integração entre os seus membros e destes com a sociedade, habitat até então dominado pelos mais jovens.

A mudança na imagem, no entanto, não tem o condão de solucionar a fragilidade/precariedade do estágio cognitivo e emocional do idoso, a fim de que também seja reconhecido como um ser autônomo, com plena capacidade de exercer seus direitos de cidadania.

Sob a perspectiva constitucional, é dever do Estado assistir a velhice, assim como deve atender aos interesses da infância, dos deficientes, etc. A inovação constitucional está no fato de que, além do Estado, também a sociedade e a família compartilham esse dever, dispensando-se ao idoso um tratamento diferenciado resultante da integração entre a realidade socioeconômica e o conceito jurídico.

Essa mudança de concepção provocou sensíveis repercussões na esfera jurídica. Contudo, poucos são os que se dedicam ao tema além da abordagem legalista, que, por certo, tem sua relevância, mas exige um passo adiante para alcançar a efetividade do direito à velhice com plena liberdade de autonomia.

A velhice, pois, passa a ser uma questão social relevante porque, muito embora sempre tenha havido homens velhos, nas últimas décadas houve significativo aumento de pessoas em idade mais avançada. Aliás, estima-se que em 2025 o Brasil será o sexto país mais envelhecido do mundo, já contando com 34 milhões de idosos desde o segundo trimestre de 2019 (IBGE, 2019).

No entanto, do ponto de vista antropológico, a velhice ainda é bastante estigmatizada e tratada como uma fase decadente do ser humano que, sob essa óptica, considera o processo natural de perecimento como um encadeamento contínuo de perdas e dependências à medida que o tempo avança.

A modernidade é marcada profundamente pela institucionalização do curso da vida, orientando perspectivas e projetos das pessoas conforme a idade cronológica, mantendo-se alheia ao necessário processo de reflexão sobre os estágios de maturidade.

O avanço da idade não se qualifica apenas como passagem ritualizada de um estágio a outro. No contexto moderno, o curso da vida se transforma em espaço de experiências abertas, revelando a necessidade de se interpretar as diferentes fases porque cada qual evidencia uma crise de identidade.

As “identidades” flutuam no ar, algumas de nossa própria escolha, mas outras infladas e lançadas pelas pessoas a nossa volta, e é preciso estar em alerta constante para defender as primeiras em relação às últimas. Há uma ampla probabilidade de desentendimento, e o resultado da negociação permanece eternamente pendente. Quanto mais praticamos e dominamos as difíceis habilidades necessárias para enfrentar essa condição reconhecidamente ambivalente, menos agudas e dolorosas as arestas ásperas parecem, menos grandiosos os desafios e menos irritantes os efeitos. Pode-se até começar a sentir-se *chez soi*, “em casa”, em qualquer lugar – mas o preço a ser pago é a aceitação de que em lugar algum se vai estar total e plenamente em casa (BAUMAN, 2005, p.20).

A aceitação passiva de certos estereótipos geralmente sinaliza a perda da vontade de viver. No entanto, se a pessoa amadurece ao longo da existência, o envelhecer não representa algo tão doloroso. Isso porque as mudanças psicológicas devem acompanhar, ou pelos menos deveriam, o processo do envelhecer para que as adaptações necessárias sejam realizadas naturalmente.

A pessoa idosa que mantém uma identidade pessoal positiva consegue enfrentar com menor temor as consequências naturais do avanço da idade. Infelizmente a lógica da produtividade da era moderna, lastreada na prodigiosa expansão do capital, é demarcada pela ligação entre a juventude e a escola, o mundo

adulto e o trabalho, a velhice e a aposentadoria. E nessas associações a identidade não é mais resultado de descobertas íntimas, passa a ser inventada a partir de premissas externas, resulta de um objetivo que se pretende construir a partir de receitas de vida.

A disjunção entre estágios de maturidade e idade cronológica ordenou novas nomenclaturas: a “velhice” é substituída pela expressão “terceira idade”, “aposentadoria ativa” se opõe à “aposentadoria”, o “centro residencial” é o novo “asilo”, e “ajuda social” ganha o nome de “gerontologia”. Assim, a aposentadoria deixa de ser um período de descanso e recolhimento para ser um período de atividade e lazer (DEBERT, 1999, p. 61).

Alcançada a pós-modernidade, responsável pela diluição das fronteiras que separam rigidamente essas etapas da vida, a cultura desenvolveu outro curso da vida, muito mais baseado no consumo do que na produtividade.

As idades tornam-se um mecanismo cada vez mais poderoso e eficiente na criação de mercados de consumo, na definição de direitos e deveres e na constituição de atores políticos, sobretudo porque perderam qualquer relação com os estágios de maturidade física e mental. É para o modo pelo qual, nesse contexto, a velhice é transformada em uma responsabilidade individual e, por isso, pode ser excluída do nosso campo de preocupações sociais que interessa atentar, discutindo o caráter possivelmente libertário, bem como a lógica de exclusão que poderiam estar orientando o curso dessas transformações (DEBERT, 1999, p. 58-59).

Por parte dos estudiosos, busca-se rejeitar o conjunto de valores que relegam os idosos à posição mais baixa na hierarquia social, e o agrupamento de idosos através da criação de comunidades significa a formação de uma nova identidade.

A fase da velhice, atualmente, é entendida não só como a inatividade ou inutilidade, como também o seu oposto: etapa destinada a novas experiências e oportunidades, privilegiando-se especialmente o presente, a qualidade do momento de vida, o desfrute do tempo vivido: uma espécie de “idade do extra”, “idade do lucro” (NEGREIROS, 2007).

Portanto, no cenário atual há “uma clara distinção entre jovens idosos – sexagenários-septuagenários saudáveis e ativos – e idosos velhos – octogenários em diante, mais frágeis e dependentes” (NEGREIROS, 2007, p. 18). Tal divisão permite que se privilegie os primeiros e se concentre a oferta de produtos de consumo específicos para esse perfil, criando uma realidade baseada no progresso tecnológico em que a inovação descarta a experiência acumulada.

Zygmunt Bauman (2001, p. 8-9; 2013, p. 16), relativamente à pós-modernidade²², conceito amplamente empregado já no início deste século, destaca a dissolução de sua fase “sólida” para se tornar “líquida” em razão da modernização compulsiva e obsessiva da vida social. Pelo fato de se mostrar inapta a manter seu aspecto por longo tempo, o sociólogo a define como modernidade líquida, aquela que se molda aos diferentes estímulos externos.

A metáfora define muito bem a “liquefação” das relações sociais que exigem a total disponibilidade em mudar as práticas sociais, e nestas o tempo assume papel muito mais relevante do que o espaço anteriormente valorado. O tempo, portanto, é preenchido por momentos, pois “precisa tornar-se tangível – moldado e nomeado, a fim de tornar o igualmente vago desejo de felicidade uma tarefa específica” (BAUMAN, 2001, p. 86).

Sob essa perspectiva, sentindo-se distanciado da realidade, o idoso deixa de valorizar a experiência acumulada por acreditar que consumir é o meio mais eficaz de não permanecer estagnado. Ser economicamente ativo é a forma de demonstrar que abandonou o que não mais deseja ser, enfim, que não há resistência às mudanças inerentes a essa modernidade líquida, mitigando o risco de rejeição pelo grupo dominante que o discrimina.

“Dissolver tudo que é sólido” (BAUMAN, 2013, p. 16) para assumir formas mais aperfeiçoadas é o que se busca na pós-modernidade. Sem refletir suficientemente, a sociedade percorre esse caminho de derretimento e fluidez das relações, sepultando o que já está superado. E quem fica no passado é considerado ultrapassado, antiquado, até mesmo arcaico, e luta para que assim não seja rotulado.

Já inferia Simone de Beauvoir (1990, p. 12) o pensamento dominante de que “velhos são os outros”, e já passadas algumas décadas da publicação de sua obra denominada “A velhice”, comprova que ainda se perpetua a falta de reconhecimento, pela sociedade, de que os idosos são os mesmos que já foram jovens, adultos, mas agora em estágio cronológico mais avançado. E na busca incessante do negacionismo dessa condição humana, o idoso “sobrevive” em meio à indiferença e infelicidade que a idade lhe traz, encontrando no consumo uma afirmação da identidade que busca recuperar.

²² O sociólogo utiliza a expressão “modernidade líquida” como metáfora em relação às expressões comumente empregadas para definir a pós-modernidade, ou “modernidade tardia”, “segunda modernidade”, “hipermodernidade” (BAUMAN, 2013, p. 16).

O excesso, e não a falta de escolhas, fomenta esse quadro consumista, buscando obstinadamente na oportunidade que se apresenta a compensação da anterior, ao mesmo tempo que já se prepara para a mudança futura.

Aproveitando-se dessa óptica, o mercado de consumo molda uma nova identidade, talhada por subterfúgios e ferramentas convincentes para que se acredite numa espécie de reinclusão social. Acrescente-se ainda que os tempos modernos acalantam a inovação veloz, impelindo o idoso ao consumo fugaz a fim de fruir o progresso tecnológico singular dos jovens e adultos.

Percebe-se, pois, uma indução ao pensamento de que pelo atraso que a faixa etária representa pelo avanço (inato) do tempo, as gerações que precedem a velhice conseguem viver naturalmente esse processo tecnológico, acentuando o esforço que o velho precisa empreender para acompanhar o mundo hipermoderno do qual deseja participar. Percebe-se, portanto, o agravamento de sua vulnerabilidade psicológica, que repercutirá na esfera social e econômica, exigindo uma atuação mais resoluta na proteção jurídica.

Essas novas circunstâncias podem gerar o superendividamento. A necessidade excessiva do novo, a facilidade de crédito e a ilusão de que a compra de produtos pode dissolver a sua frustração se conjugam como fatores decisivos na difusão desse modo de vida, centrado na aquisição de produtos mercantis.

Não se pode negar que é preciso compreender a velhice como uma mudança na forma de parecer: é fase de novas conquistas, de vivência de outras experiências, o que tem provocado muitas modificações no mercado de consumo, pois já não se está mais em uma fase monótona da vida.

No Brasil, geralmente a velhice é retratada pela mídia por homens e mulheres que encontram uma nova carreira ou concretizam uma série de sonhos alimentados durante a idade adulta. Não raro se produz um “personagem” inserido nesse novo mercado, em que a promessa da juventude eterna é pano de fundo para consumir: um novo vestuário, novas formas de lazer e de relação com o corpo, com a família e amigos.

Essa alteração da realidade vai muito além de definir a última etapa de vivência. É imposição de estilos de vida através de uma série de regras de comportamento e consumo de bens específicos adotados por aqueles que não se consideram velhos (DEBERT, 1999, p. 212-213). Em outras palavras, essa homogeneização significa que não se considera o idoso pelo que ele é ou sua

capacidade, mas sim pelo que não é e pelo que não pode realizar, justamente para rejeitar os estereótipos cultuados pelo imaginário social.

O caminho norteado pelo consumismo cria o estigma de que há uma condição excepcional afastada pela velhice, como se em algum momento do ciclo vital, expressando direitos e conquistas do ser adulto, considerado independente e capaz de exercer plenamente suas potencialidades e cidadania, pudesse se eternizar (NEGREIROS, 2007, p. 19-20).

Curioso é o termo comumente empregado para definir a velhice como “meia-idade”, sugerindo subliminarmente que a pessoa jamais chegará à “idade inteira”, e nem deve, porque permanecer na metade da vida dá a ilusão de que não se é velho e o “declínio fatal” será adiado.

A segunda metade da vida é definida pelo psiquiatra Carl Gustav Jung (1987, p. 198) como uma etapa crucial na existência humana. É a fase em que a pessoa deixaria de ser tão impulsiva e extrovertida por ter conquistado patamares mais consistentes sobre valores religiosos, filosóficos, cívicos e sociais.

Todavia, prossegue o psicoterapeuta suíço, as pessoas adentram essa fase fortemente despreparadas, como se as verdades e ideais continuassem a lhes servir como até então, comprovando a sua inaptidão ao declínio da vida.

O ser humano não pode viver “o ocaso de acordo com o programa da manhã da vida; o que foi grande na manhã será pequeno ao anoitecer, e o que de manhã era verdade irá tornar-se mentira ao anoitecer” (JUNG, 1978, p. 198). Esse pensamento revela a dinamicidade da vida e a necessidade de resiliência para o enfrentamento das diferentes fases que se vão desenrolando com o passar dos anos.

Por esse motivo, fala-se na “indústria da velhice”, que louva a experiência dos que ganharam visibilidade e parecem traduzir a nova imagem da senectude, propícia à criação de novos estereótipos. Os problemas (naturais) dessa fase passam a ser identificados como problemas de quem não tem boas relações sociais, não se integra a programas de rejuvenescimento, enfim, que não é ativo, representando a velhice decadente como culpa exclusiva da pessoa que a sofre.

Nesse sentido, a já referida reprivatização da velhice (DEBERT, 1999) como processo antropológico influencia consideravelmente nos resultados da utilização dos mecanismos protetivos do idoso, produzindo consequências distorcidas dos valores constitucionais na busca pela efetividade dos instrumentos jurídicos que protegem a vulnerabilidade exacerbada dele. A partir de um pensamento de que o velho é o

responsável por sua condição atual, dificilmente se conseguirá, apenas em face da lei, protegê-lo.

Assim, diante da abundância da oferta de crédito para que os sonhos continuem a se realizar, prega-se a liberdade de escolha como um grito de liberdade. No entanto, desvanecendo-se a efusividade dos sentimentos, uma dura realidade se apresenta: acúmulo de dívidas que, não raro, culmina no superendividamento.

Sob o ângulo individual, evidencia-se a supressão ou drástica limitação da autonomia da vontade, o que abala as bases da República, que é concretização da dignidade humana a todos. Em caráter coletivo, pode induzir a dissipação das preocupações da sociedade, da família e do Estado, já que o declínio da idade, apesar de esperável, torna-se decadente porque construído sob a responsabilidade do idoso.

Considerando-se a afirmação anterior de que o idoso conquistou valor em nossa sociedade, fruto de movimentos sociais que transformaram a velhice em uma preocupação social, tratá-la por essa perspectiva fomenta o que Debert (1987, p.14) denomina de reprivatização da velhice, processo que a transforma em responsabilidade individual.

Inegável que, de uma maneira inconsciente ou consciente, as pessoas resistem por todos os meios à ideia de sua própria velhice e morte. Desejam viver muito, mas não serem velhos. A rejeição da imagem ligada à decrepitude totalmente dissociada de um processo natural humano abre campo à divulgação e consumo das tecnologias de rejuvenescimento, do processo de reprivatização da velhice, da transformação do prolongamento da vida humana em uma ameaça à reprodução da vida social (DEBERT, 1987, p. 241).

O consumo, como um exercício refletido de cidadania, será alcançado quando se tornar ato de comprometimento com valores universais de liberdade para uma vida condicionada pela igualdade. No entanto, esse compromisso exige o reconhecimento de que todos são componentes de um grupo social de relações recíprocas decorrentes do espírito de solidariedade, tanto nas relações públicas quanto privadas.

Permanecerá a velhice como realidade da qual se procura adiar o enfrentamento ou algo pelo que se luta para encontrar formas cada vez mais sofisticadas de resistir?

Cidadão é aquele que vive e luta para que todos os demais também o sejam. É aquele que conquista a autonomia que, no caso específico do idoso, depende da criação de condições favoráveis à manutenção de seu poder de decisão e escolha.

A sociedade brasileira, afinada aos conceitos mais humanitários da velhice e imbuída das melhores intenções para concretizar a dignidade da pessoa humana, será capaz de promover a participação na comunidade da pessoa idosa, defendendo seus direitos, programando o bem-estar, para que a proteção constitucional não seja mera retórica porque privilégio de um grupo seletivo?

Conclui-se, portanto, que não é mais suficiente a análise meramente linear na qual se contam os dias, meses e anos. É preciso que um campo com novos *experts* extrapole as definições dos problemas da atualidade e das necessidades dos idosos, encarregando-se de formar novos especialistas para identificar essas necessidades, reconhecer a sua importância e apresentar novas soluções.

As ficções estão dadas, “nosso papel é inventar a realidade”. (DEBERT, 1999, p. 253) Muitas mudanças já foram alcançadas com significativos avanços, mas há muito mais a ser feito. O importante é permitir que o idoso viva dentro de seu campo de autonomia, o qual é construído pelo reconhecimento da diversidade, identificação das demandas, respeito aos direitos já reconhecidos e proteção de sua liberdade de decisões para que não se estagne a luta pelo envelhecimento digno da população brasileira.

Há que se resgatar – ou seria até mesmo construir? – a velhice enquanto valor simbólico na sociedade, uma etapa que possui projetos representativos da continuidade de vida de toda a trajetória percorrida.

Nesse sentido, o Direito positivo deve se conformar às necessidades da sociedade, mas o outro lado também é factual: o Direito, segundo Hans Kelsen (1998, p. 21), é uma técnica social específica que pode motivar condutas recíprocas entre as pessoas.

Em síntese, o conjunto de princípios jurídicos deve nortear a ética social, frutificando respostas às necessidades do idoso pelo seu reconhecimento como membro socialmente capaz e ativo, isto é, autêntico sujeito de direitos.

Quando a Constituição assegura direitos fundamentais aos idosos, essa tutela se dimensiona por contornos mais específicos; ou seja, não se trata apenas de longevidade pura e simples, mas sim de usufruí-la conjuntamente com o envelhecimento sadio guarnecido de dignidade e respeito, com vistas à sua inserção na sociedade.

Envelhecer é direito personalíssimo!

Na esteira dessa preocupação, passa-se à análise do reconhecimento da vulnerabilidade do idoso enquanto sujeito nas relações contratuais de modo a se evidenciar, posteriormente, as necessárias políticas públicas de proteção efetiva de seus interesses.

3.2 O diálogo das diferenças: o reconhecimento da vulnerabilidade agravada do idoso nas relações contratuais para promover a igualdade

A diversidade é ínsita ao envelhecer, não existe fórmula ou padrão predefinidos. Cada qual envelhece a seu modo e ao seu próprio tempo, sem, contudo, esmaecer o desejo de manutenção de sua autonomia.

A ocorrência, portanto, é irreversível e inegável. Os avanços tornaram o aumento da idade evento natural da vida. Por isso a inevitabilidade de integração ao processo pelo reconhecimento da diversidade, de modo a afastar-se preconceitos ou segregações, evitando-se que o idoso seja considerado uma categoria à parte.

O idoso enfrenta diversas situações, diferentes e particulares em cada país, assim como em cada sociedade. Por essa razão, mostra-se inviável a pretensão de abranger em um único estudo e de modo uniforme todas as necessidades que devem ser supridas para a concretização de uma velhice digna.

Como já referido, o marco etário para a definição do grupo ao qual a Constituição confere proteção diferenciada, além de se constituir como mecanismo para conceder eficácia às garantias constitucionais, deve igualmente ser reflexionado sob a óptica interdisciplinar. Isso porque critérios objetivos desamparados da necessária correspondência fática incorrem em sério risco de não concretizar o projeto constitucional.

Na medida em que uma sociedade envelhece, suas estruturas devem ser modificadas para que uma gama maior de recursos seja oferecida, proporcionando a adequada interação com a sociedade. O ser humano, já desde o século passado, está inserido em um mundo globalizado onde indiscutivelmente ganha contornos de protagonismo. Uma das práticas mais comuns é a de consumir, uma vez que não se vive mais sem a interdependência com o mundo de produtos e serviços.

Por essa razão, esta tese está voltada principalmente para as relações contratuais estabelecidas no âmbito da concessão de crédito consignado,

tencionando desvendar a realidade para então dimensionar a necessária (e efetiva) proteção dos direitos dos idosos.

O envelhecimento populacional passou a integrar a agenda pública no Brasil por pressões sociais representadas na atividade política, notadamente nos anos que antecederam a Constituinte de 1987 e 1988.

Nessa perspectiva, a Constituição tornou os valores por ela expressos compromisso de toda a sociedade, os quais se constituem como substrato para exercício legítimo de cidadania a louvar a justiça, liberdade, democracia, igualdade e desenvolvimento.

Assim, na parte nevrálgica relativa aos princípios fundamentais, estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, isento de preconceitos de origem de raça, sexo, cor e *idade*, além de quaisquer outras formas de discriminação.

A alusão direta à velhice foi feita nos artigos 229 e 230, segundo os quais aos filhos maiores incumbe o dever de amparo aos pais nessa fase da vida, na carência e também enfermidade; à família, a sociedade e ao Estado subsiste o dever de assegurar o convívio comunitário, a defesa de sua dignidade e bem-estar, garantindo o direito à vida.

Destaca-se, ainda, que também no conjunto de normas previdenciárias a Constituição protegeu o idoso, garantindo assistência social por meio do pagamento de um salário mínimo àquele que não possua rendimentos aptos a prover o próprio sustento ou cuja família também não o possa.

Assim, conforme destacado acima, a partir de 1988 a dignidade foi alçada a valor máximo do ser humano. A Constituição não pretendeu que os homens fossem considerados a partir de etapas da vida, a não ser com o objetivo de definir políticas públicas diferenciadas.

De tais preceitos, depreende-se que os direitos fundamentais não prescrevem nem diminuem de intensidade e exigibilidade conforme a idade avança. Tais como foram expressos, eles são de medular importância para que os idosos sejam vistos como sujeitos de direitos pela sociedade brasileira.

A Constituição, firmando a ideologia de que os homens são sujeitos de direitos e todos os esforços devem ser mobilizados para garantir esses direitos, revela que além da natureza declaratória, as normas constitucionais também são instrumentais. Isso deu margem, posteriormente, a edições legislativas específicas.

Uma das conquistas pós-Constituição é a Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei n. 8842, de 04 de janeiro de 1994. Seu objetivo é garantir os direitos sociais do idoso criando condições para desenvolver a sua autonomia, integração e participação na sociedade. Essa legislação assentou, em seu artigo 2º, como idosa a pessoa com mais de 60 anos, e a definiu como principal agente e destinatária das transformações a serem efetivadas pela lei.

A referida lei também previu o Conselho Nacional do Idoso, cuja atribuição era implementar a política nacional, mas teve sua previsão vetada pelo então presidente da República Itamar Franco, o que dificultou muito a efetivação dos direitos sociais²³.

Em face das lacunas e deficiências, tal diploma logo se mostrou insuficiente. Suas disposições eram voltadas à tomada de ações governamentais limitadas, carecendo de instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa, e, portanto, do mínimo de efetividade que tal proteção estava a reclamar.

Ainda em relação à década de 1990, no campo específico da assistência social, outros benefícios foram assegurados por meio da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS – Lei 8742, de 7 de dezembro de 1993), além da destinação de renda mínima aos idosos necessitados, mediante a regulamentação do benefício de prestação continuada (BPC). Nesse âmbito legislativo, a destinação de um salário mínimo mensal como patamar mínimo de garantia da dignidade humana reafirmou o dever de solidariedade à pessoa idosa²⁴.

Finalmente, refletindo a ordem de proteção insculpida na Constituição de 1988, foi editada a Lei n. 10741, de 1 de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, que repisou os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos no sentido de que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social” (BRASIL, 2003). Já o artigo 9º do Estatuto estabelece como obrigação do Estado “garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante

²³ A lacuna persistiu até que fosse editado o Decreto n. 4227/2002, que tornou parte integrante do Ministério da Justiça o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, cuja competência, dentre outras, é supervisionar, avaliar e acompanhar a implementação da Política Nacional do Idoso (RAMOS, 2002, p. 118).

²⁴ Dispõe a Constituição Federal no artigo 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade” (BRASIL, 2003).

Inegavelmente, os comandos insculpidos no referido diploma legal devem refletir a necessidade dos cuidados com o idoso, assim como devem motivar condutas recíprocas entre os homens, de modo que as leis, de maneira geral, contemplem dois papéis: refletir as necessidades sociais e cumprir os preceitos legalmente previstos.

Tais diretrizes são o natural desdobramento do Estado Social e Democrático de Direito adotado na Constituição Federal de 1988, evidenciando sua nítida feição garantista. Nesse sentido, também Ferrajoli (2002, p. 691) afirma que ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições do século XX reconheceram outros vitais ou fundamentais: os direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. No entanto, diferentemente dos direitos de liberdade, que são direitos de (ou faculdade de comportamentos próprios), aos quais correspondem vedações (ou deveres públicos de não fazer), aqueles denominados sociais ou materiais são direitos a (ou expectativas de comportamentos alheios), que devem corresponder a obrigações ou deveres públicos de fazer (FERRAJOLI, 2002, p.691).

Nessa concepção, o Estado comprometido com prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, diferentemente do Estado Liberal, não se limita a uma posição de não intervenção, mas se vê compelido a dar efetividade a várias prestações sociais.

As garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem a pretensões e aquisições de condições sociais de vida, tais como a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução. As garantias liberais ou negativas estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador (FERRAJOLI, 2002, p.692).

Assim, após a fase de reconhecimento e expansão de direitos dos idosos no Brasil, a atualidade está marcada por incertezas quanto à evolução dessas conquistas. Muito se fala na legislação protetiva que os reconhece como sujeitos de direitos humanos, assim como em um novo Direito Privado dos vulneráveis.

Importante ressaltar que o comportamento da sociedade brasileira é norteado por princípios que, utilizando-se a concepção de Robert Alexy, são mandamentos constitucionais a promover direitos fundamentais que, no presente caso, implica a inclusão social do idoso. A ordem legal o reconhece como sujeito de direitos, membro

socialmente ativo e capaz, corroborando que, como já afirmado, do ponto de vista jurídico, os direitos das pessoas não declinam com o envelhecimento.

Importante frisar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não tratou especificamente das pessoas idosas. Somente em 1973, a Assembleia Geral da ONU chamou a atenção para a necessidade da defesa de tais pessoas por meio da Resolução n. 3137. No entanto, foi a partir do Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento (Resolução n. 37/51), adotado na I Conferência Internacional sobre Envelhecimento, que as recomendações de ações referentes a políticas públicas, impacto do envelhecimento no desenvolvimento e questões como saúde, nutrição, proteção do consumidor idoso, moradia, família e outras foram efetivamente enfrentadas e debatidas, introduzindo as questões sobre o envelhecimento na agenda internacional. (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017)

A década de 1990 caracterizou-se pela intensificação das discussões internacionais acerca do tema. Embora não houvesse ainda um instrumento juridicamente vinculante que tratasse especificamente dos direitos das pessoas idosas, a Assembleia Geral da ONU adotou, em 16 de dezembro de 1991, os Princípios da ONU para Pessoas Idosas, reconhecendo a “acentuada diversidade na situação dos idosos, não só entre países, mas também dentro dos países e entre os indivíduos, o que exige uma variedade de políticas”. Por meio dos princípios, a Assembleia Geral estimulou os governos a instituírem em seus programas nacionais os princípios da independência, participação, cuidados, autorrealização e dignidade das pessoas idosas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Em 1992 foi aprovada a Proclamação sobre o Envelhecimento, estabelecendo o ano de 1999 como o Ano Internacional dos Idosos, cujo emblema era uma *sociedade para todas as idades*, a enfrentar quatro pontos principais: situação dos idosos, desenvolvimento individual continuado, relações multigeracionais e inter-relação entre envelhecimento e desenvolvimento social (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017)

Ao longo dos anos 2000, inúmeros instrumentos foram criados, demonstrando um consenso na agenda internacional acerca dos princípios estabelecidos desde 1991. Enfatizaram-se políticas específicas de eliminação da discriminação etária, negligência, abuso e violência contra os idosos, bem como a implementação de programas nacionais de oportunidades de trabalho, programas de proteção social e seguridade social, acesso à saúde, participação ativa da capacidade funcional máxima dessas pessoas. A partir de então, a Assembleia Geral passou a realizar

várias recomendações para efetivar os direitos humanos das pessoas idosas. Isso culminou, em 2011, no Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, que elucidou a situação em todas as regiões do mundo e expôs os principais problemas enfrentados por homens e mulheres de idade avançada, indicando possíveis soluções e sinalizando medidas para questões como pobreza e condições de vida, discriminação, violência e abuso, e falta de serviços (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Em 15 de junho de 2015, os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovaram a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas²⁵. O documento, que vincula diversos países, reconhece a aplicação de todos os direitos humanos aos idosos, considerando suas especificidades, assegurando sua aplicação plena em igualdade de condições com as demais pessoas (MAZZUOLI, 2017).

Muito embora a Convenção ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil até o momento, pode servir de base axiológica para a interpretação dos direitos em favor de homens e mulheres de idade avançada. O fato é que o sistema implementado pela OEA é o mais avançado do mundo na matéria, não havendo outro similar em outros sistemas regionais de proteção, superando até mesmo o das Nações Unidas. Em contraste, assinala a grande dificuldade de implementação em face da complexidade de obrigações programáticas que não se concretizam rapidamente (MAZZUOLI, 2017).

Mediante essa análise breve do panorama internacional, não resta dúvida de que há um esforço conjunto para implementar programas de proteção em várias frentes: seguridade social, trabalho, saúde, educação, cultura, recreação, esporte e lazer, moradia, meio ambiente, acessibilidade e mobilidade pessoal voltados às pessoas idosas.

Como já abordado, a nova ordem constitucional brasileira cimentou todo um arcabouço jurídico direcionado à proteção do idoso, mediante um conjunto de ações voltadas para sua integração social pelo reconhecimento da inerente hipossuficiência na dinâmica social capitalista.

Em um mundo competitivo e supressor, dadas as limitações naturais de ordem biológica, o idoso é visto como um déficit econômico e social. O amparo dessa

²⁵ A Convenção vinha sendo discutida pelos países desde o ano de 2009, culminando na sua assinatura no dia 15 de junho de 2015, data em que se estabeleceu o Dia Mundial de Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa.

vulnerabilidade está no resgate (ou seria busca?) da isonomia, agregando o objetivo da tutela jurídica específica, de modo a evitar que seus direitos não sejam reduzidos a simples retórica.

A tônica da proteção geral e abstrata com base na igualdade, como já analisado, é insuficiente para que a efetivação dos direitos fundamentais se realize, uma vez que o exercício não ocorre de forma equitativa e igualitária para todas as pessoas. É necessário a especificação do sujeito de direito sob os ângulos da peculiaridade e particularidade, o que exige respostas específicas e diferenciadas conforme condições sociais e identitárias. Significa dizer que a igualdade se consagra ao lado da diferença, pois “a igualdade é abstrata, mas o pluralismo e a diversidade fazem parte de um mundo de possibilidades reais” (SANTOS; LUCAS, 2019, p. 109).

Flávia Piovesan (2017, p. 126) destaca três vertentes para a concepção de igualdade: (a) igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”; (b) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (critério socioeconômico); e (c) igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, entre outros).

Remontando aos fatos históricos, não há dúvidas de que a igualdade formal foi crucial na abolição dos privilégios, notadamente no movimento revolucionário francês, que estabeleceu novo paradigma. Entretanto, com base nos caminhos traçados nos séculos subsequentes e analisando-se especificamente o ordenamento brasileiro, seu assento constitucional não assegura a proteção dos direitos pela (ingênuo) proibição da discriminação em relação aos grupos minoritários.

O processo não é simplista, pois a Constituição não tem o poder de transformar a cultura de um povo a partir de sua promulgação. Os vícios histórico-culturais devem ser combatidos por meio de ações afirmativas aptas a modificar comportamentos de uma sociedade tradicionalmente segregadora, que visem garantir um patamar desejável de igualdade entre pessoas diferentes.

Canotilho (2003, p. 426) afirma que a igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, o princípio revela a igualdade perante a lei, derivada do constitucionalismo liberal. O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal reconhece a igualdade formal de todos perante a lei, isto é, a igualdade na aplicação do Direito.

Todavia, o autor adverte que ser igual perante a lei significa muito além da aplicabilidade por igual. Compõe-se também da dispensa de tratamento igualitário entre todos os cidadãos, por meio da criação de um Direito igual que contemple a esfera material, solvendo, assim, o problema de se identificar quem são os iguais e quem são os desiguais. Para tanto, aponta a necessidade de criação de um Direito igual que corresponda à igualdade material assegurada pela lei. Nesse sentido, diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações (CANOTILHO, 2003, p. 427-428).

A política da identidade igualitária pretende estabelecer universalmente uma gama de direitos e imunidades, enquanto na política da diferença, que também possui base universalista, cada um deve ser reconhecido por sua identidade única (SANTOS; LUCAS, 2019, p. 114).

Como a política da dignidade igualitária, o que se estabelece pretende ser universalmente o mesmo: uma gama de direitos e imunidades; com a política da diferença, o que pedimos seja reconhecido é a identidade única deste indivíduo ou deste grupo: o fato de que é distinto dos demais; com a política da diferença, o que é exigido é que demos reconhecimento e *status* a algo não universalmente compartilhado. Ou, em outras palavras, somente concedemos reconhecimento ao que está universalmente presente, mediante o reconhecimento do que é peculiar em cada um (SANTOS; LUCAS, 2019, p. 114).

No que toca ao Direito Público, a verticalidade da igualdade é expressa pela imposição generalizante de condutas e deveres gerais a assegurar direitos subjetivos abstratos. No entanto, como referido no primeiro capítulo, para que a dignidade da pessoa humana deixe de ser uma referência valorativa do ordenamento jurídico brasileiro, o homem precisa ser considerado como um ser concreto, uma peça no grande tabuleiro social a que pertence.

Nesse sentido, Taylor (1998, p. 68; 2000, p.250) protesta contra as alternativas liberais que defendem a proteção dos direitos individuais em primeiro lugar, pois uma sociedade liberal caracteriza-se pelo modo como trata as minorias e pelos direitos que confere aos seus membros. E conclui que “sendo assim, uma sociedade com objetivos fortes pode ser liberal desde que seja capaz de respeitar as diversidades e possa proporcionar as garantias adequadas aos direitos fundamentais” (TAYLOR, 1998, p. 69).

Assim, no âmbito do Direito Privado, a igualdade deve ser horizontal para que a proteção seja eficaz. Muitas vezes, para proteger em Direito Privado é necessário

distinguir, assegurar direitos especiais ao vulnerável, tratar de forma especial o mais fraco: diferenciar para proteger (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 114).

Logo, reconhecer as diferenças para proteger redefine a discriminação e exige que a distinção se faça com base no tratamento diferencial, rejeitando o molde homogêneo que já não existe mais na contemporaneidade.

Note-se que, na Constituição Federal, o princípio da igualdade é cânone interpretativo e pressuposto de todos os demais direitos, sejam eles públicos ou privados.

O que se pretende é analisar que o Direito Privado, ao reconhecer as diferenças e fazer as necessárias distinções, deixa de ser protetivo e paternalista, para se revelar através de um novo paradigma que é a inclusão social, assegurando às pessoas sua realização plena e autônoma, respeitando as diferenças!

Calha aqui analisar o Preâmbulo da Constituição Federal, revelador de um projeto político-constitucional que não admite hegemonias étnicas, comportamentais ou culturais ao instituir que o Estado Democrático de Direito se destina a assegurar “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” (BRASIL, 1988).

As previsões no Preâmbulo estabelecem, portanto, cânones hermenêuticos a serem observados em todas as relações inseridas no sistema jurídico do país. Assim, os direitos individuais dialogam com os direitos sociais em busca do desenvolvimento e bem-estar, calcados na liberdade, igualdade e justiça, favoráveis à construção de uma sociedade verdadeiramente fraterna, pluralista e sem preconceitos (KUNDE; REIS, 2018, p. 28).

Bem por isso, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014, p. 115) asseveram que o Direito Privado deve criar condições de igualdade sem retirar o acesso ou capacidades das pessoas, fornecendo instrumentos suficientes para convivência e atuação a partir da valorização das especificidades dos vulneráveis.

Oportuno enfatizar a diferenciação apontada pelos autores entre igualdade e vulnerabilidade. Sob o paradigma da igualdade, a visão parte do macro, da pessoa, da sociedade para, a partir dessa premissa, identificar-se a desigualdade como resultado de comparações entre situações e pessoas. Por outro lado, a vulnerabilidade não resulta sempre de comparações, pois

[...] a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Assim sendo, a complexidade axiológica constitucional configura uma espécie de caleidoscópio de um quadro democrático, pois mescla a ideologia liberal e social sob o manto da igualdade perante a lei, sem descurar das diferenças.

No âmbito do Direito Privado, tem-se referido muito à categoria de vulnerabilidade nas mais diversas vertentes. Por esse motivo, antes de se estreitar a visão acerca da vulnerabilidade do idoso nas relações contratuais, é necessário analisar o conceito de vulnerabilidade no âmbito do Direito do Consumidor.

A construção desse paradigma é salutar, pois, como já referido, a Constituição da República inovou radicalmente ao prever a proteção aos mais diversos grupos minoritários e vulneráveis da sociedade brasileira. O texto constitucional vai mais longe: compromissa todos a empreender esforços para satisfazer os imperativos de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa humana para esses polos vulneráveis da cadeia existencial.

A vulnerabilidade é um instituto construído – ou reconstruído – para tentar adequar a dogmática tradicional do Direito Privado à despatrimonialização do Direito Civil, rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária (KONDER, 2015).

Do mesmo modo que o conceito de dignidade da pessoa humana deve, dentro do possível, ser definido para que a superutilização não esvazie o conteúdo normativo, o cuidado na definição dos contornos científicos da vulnerabilidade deve ser direcionado para evitar que a proliferação de referências não banalize ou fragilize o conteúdo relevante que encerra. Nesse sentido, busca-se tolher a mera invocação retórica para se aproximar o quanto possível da acepção de vulnerabilidade mais vinculada à proteção da dignidade da pessoa humana, concretizada por meio do princípio da igualdade substancial e da solidariedade.

Em que pese a matriz liberal do século XIX tenha atribuído a racionalidade e liberdade ao sujeito de direitos para contratar segundo a sua vontade, tornando o Direito Privado o cerne do autorregramento, a ascensão do Estado de Bem-Estar

Social propiciou a intervenção jurídica reequilibradora capaz de corrigir as deficiências do liberalismo. Das intersecções entre o Direito Público e o Privado, reconhecendo as mais diversas minorias fragilizadas (crianças e adolescentes, idosos, deficientes), emergiu a necessidade da criação normativa nova, calcada em uma perspectiva remodelada para o alcance de soluções jurídicas concretas.

O consumidor é um agente econômico. Sua proteção se justifica pela necessidade de garantir o equilíbrio nas relações entre os profissionais (fornecedores) e o consumidor, cujo nascedouro é naturalmente desvantajoso para este em virtude dos riscos e abusos que as práticas mercadológicas ocasionam, podendo gerar resultados prejudiciais.

O mercado de consumo tem como ente vulnerável o consumidor por expresse reconhecimento no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, cuja fonte inspiradora é a Constituição Federal, a qual também redefiniu a igualdade no direito contratual: a igualdade dos desiguais.

Diante da presunção de vulnerabilidade, fator imprescindível para a superação da igualdade formal, tornou-se indispensável a intervenção estatal para tutelar a relação de consumo e minimizar a fragilidade negocial, decorrente da posição privilegiada que a profissionalização dos fornecedores proporciona em contrapartida ao desconhecimento e inexperiência da outra parte.

Conforme Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014, p. 127), no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a igualdade material dos desiguais é balizada pelos direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger a sua abalada liberdade ou autonomia da vontade.

Logo, identifica-se a vulnerabilidade nas relações compostas por fortes e fracos, transitando em posições jurídicas mais relevantes e detendo informações que são extremamente vantajosas em face da ignorância da outra parte.

Ressaltam os autores que as relações massificadas de adesão e os métodos mecânicos de contratação resultaram em “contratos sem sujeito”, em virtude de sua desconstrução. Entretanto, na sua visão, o sujeito de direitos não desapareceu, ele foi ressignificado pela qualificação dos direitos que lhes foram assegurados. Bem por isso, o Direito Privado passa a ser considerado sob novo paradigma, o paradigma da diferença (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 128-129).

Diante do acentuado crescimento populacional que assinalou o século XX aliado ao progresso das ciências, como já referido, a consequência natural foi o

avanço da longevidade populacional, fato que coloca o Brasil entre os países cujo processo de envelhecimento é um dos mais velozes do mundo (CAMARANO; KANSO, 2011, p. 58).

Fundada a sociedade contemporânea na produtividade, facilmente se verifica a fragilidade que o ser humano vai alcançando à medida que envelhece, conduzindo-o à marginalização, pois não raro se retira do mundo do trabalho. Isso reduz sua renda e o leva a comprometê-la com as necessidades novas que surgem.

Antônio Herman Benjamin e Cláudia Lima Marques (2012, p. 54), ao elaborarem o relatório-geral de atualização do Código de Defesa do Consumidor, já previam a conexão entre a idade avançada, a hipervulnerabilidade do idoso e os perigos do crédito no Brasil:

A doutrina alerta que as pessoas idosas no Brasil têm reduzida educação financeira, ainda mais nos contextos populares, e a vulnerabilidade desse grupo pode ser um fator a levar ao superendividamento. Conforme informa a manifestação do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento da Faculdade de Educação da UFRGS, há que se considerar os analfabetos funcionais, com extrema dificuldade para compreender textos complexos ou longos contratos, que seriam em torno de 2/3 da população com mais de 60 anos no Brasil. Esta observação foi comprovada na pesquisa "Idosos no Brasil", de 2006, do IPEA. Segundo estes dados de 2006, 23% dos idosos seriam totalmente analfabetos, e dos restantes 77% dos que sabem ler, mais de 26% consideram ler uma atividade extremamente difícil, significando que quase a metade da população idosa tem dificuldades ou mesmo não tem condições de ler um contrato bancário, considerando a alta concentração de analfabetos e analfabetos funcionais neste grupo da população. E ainda que muitos idosos (e mulheres) são arrimo de família: "Sobre os idosos, mister alertar que o perfil do idoso brasileiro mudou. Informa o Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS, que segundo o IBGE, 62.4% de idosos no Brasil são considerados responsáveis por uma família e que 20% do total de lares brasileiros têm uma pessoa idosa como o principal arrimo de família. [...] A vulnerabilidade agravada dos consumidores idosos parece incontestável no Brasil" (BENJAMIN; MARQUES, 2012, p. 54).

No que tange especificamente ao idoso, sua vulnerabilidade é considerada agravada. Além da previsão do artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 39, inciso IV, define como prática abusiva o aproveitamento do fornecedor em relação à "fraqueza ou ignorância do consumidor tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir-lhes seus produtos e serviços" (BRASIL, 1990).

Sob o mesmo ponto de vista, a vulnerabilidade do idoso como consumidor pode ser demonstrada a partir de dois aspectos principais: (a) perda ou diminuição de certas capacidades físicas ou intelectuais, que o torna mais suscetível à atuação

negocial com o fornecedor; (b) necessidade em relação a certos produtos e serviços que redundam em uma relação de dependência com seus fornecedores (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Como o objeto da pesquisa centra-se em analisar a autonomia real da vontade do consumidor idoso no âmbito das relações contratuais, o que será melhor analisado no capítulo 4, o primeiro aspecto acerca da vulnerabilidade destacado pela autora será o recorte, enfatizando-se a vontade racional protegida pelo Direito e liberta de pressões e desejos impostos pelo *marketing* e outros métodos agressivos de oferta de crédito.

Nessa espécie de relação, a vulnerabilidade é agravada porque a grande maioria dos idosos têm baixos rendimentos previdenciários. Isso os leva a contrair empréstimos para atender a necessidades pessoais (mencione-se que muitas delas seriam supridas se houvesse políticas públicas adequadas) mediante o pagamento (longo) de juros baixos.

Por outro lado, conforme se abordará na sequência, também a vulnerabilidade cognitiva do idoso é explorada para induzi-lo a consumir bens tornados fundamentais na continuação de uma vida que se esvai de forma totalmente contrária ao que gostaria que fosse. No afã de solucionar esse anseio emocional, o idoso se deixa arrastar pela sedução do consumismo.

Nesse panorama, o Direito precisa estar em constante evolução para acompanhar a transformação da sociedade, no sentido de aparar as arestas fomentadas pela economia, que não raro gera injustiça social.

Tratando-se a Constituição de verdadeiro instrumento que reflete a identidade da nação, é preciso, portanto, voltar o olhar às práticas contratuais que envolvam os idosos a fim de que as fragilidades, em seus mais variados aspectos, sejam identificadas para o adequado enfrentamento.

Conforme Cláudia Lima Marques (2019, p. 48), a ideia de contrato tem sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época, isto é, nasce da realidade social. Nesse norte, com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente os contratos de adesão, a clássica óptica contratual tornou-se inadaptada à realidade socioeconômica do século XX (MARQUES, 2019).

O contrato redigido previamente, instrumento próprio da massificação do mercado de consumo, acentuou o poder daquele que comumente impõe as condições

de contratar, estampadas em cláusulas desproporcionais, relegando ao plano de ideal a efetiva justiça contratual.

Nesse contexto, indubitavelmente se percebe que assegurar a mera liberdade de contratar é insuficiente diante da sua padronização em relação aos comportamentos na sociedade de consumo em massa. O campo prático dos fatos demonstrava claramente o desequilíbrio, com graves repercussões na esfera da parte mais frágil.

Vale dizer que a simples liberdade de aceitar os termos de um contrato não é suficiente para se reconhecer a liberdade contratual, uma vez que esta somente está presente quando coexistem a liberdade de celebrar e a liberdade de estipular (NEGREIROS, 1998).

Nesse ponto, impende ressaltar que, a depender da situação de necessidade enfrentada pelo aderente, nem sequer a liberdade de celebrar o negócio é percebida, enquanto o segundo elemento raramente é exercido.

Ressalta-se, então, a importância da lealdade do fornecedor para com o consumidor ao perceber essa situação delicada e de grande fragilidade, emergindo deveres anexos de lealdade, transparência, boa-fé e colaboração. É preciso que o fornecedor conduza a negociação sem ignorar que o contrato não pode comprometer o custo com necessidades vitais, ou que pode se transformar em um instrumento de consumo irresponsável de crédito capaz de levar ao superendividamento.

Com efeito, em relação ao contrato, o conhecimento do idoso acerca das condições e suas consequências a longo prazo não vai muito além dos números que lhe são apresentados, de forma bastante simplista e atraente. Essa atmosfera favorável à contratação nasce do fato de o fornecedor saber o que, como, porque e para quem produziu, aspectos não mensurados pelo idoso e, na grande maioria das vezes, totalmente ignorados. Nesse contexto, a informação se torna imprescindível para colocar o idoso em posição de igualdade.

Como bem explicita Cláudia Lima Marques (2019, p. 168-169), a pós-modernidade gerou uma segunda crise na teoria contratual, ou seja, enfrenta-se uma crise de princípios, uma busca pela aplicação mais ampla da boa-fé nas contratações.

Significa, portanto, como mais além se analisará, que os princípios clássicos no campo contratual não podem ser interpretados isoladamente e descolados da realidade social. A standardização das relações na sociedade moderna, seguindo a

vertente de reconhecer liberdade ignorando vulnerabilidades próprias do idoso, apenas fomenta que, nessa competição entre desiguais, a vontade de um prepondere.

Como bem enfatiza Zygmunt Bauman (2003, p.11-12), a queda do Estado Social ou de Bem-Estar que marca a pós-modernidade substituiu o trabalhador pelo consumidor. Os projetos de vida são construídos a partir das relações de consumo, desqualificando o que anteriormente era premissa da vida em sociedade: trabalho, capacidades profissionais e disponibilidade de emprego.

Tal prognóstico, aliás, redundava na admoestação do sociólogo acerca da transformação da pessoa em mercadoria a partir de um fenômeno que denominou “coisificação”, própria de um modelo social e econômico centrado no consumo.

Como já referido, a vulnerabilidade do idoso é um estado de sujeito mais fraco, sinalizando a necessidade de proteção, e se revela em três esferas: a) técnica, por conhecimentos limitados; b) jurídica, pois os contratos de crédito são complexos e coligados; c) fática, porque os contratos são de difícil compreensão, seja pelo grande percentual de analfabetismo ou pela falta de educação financeira (MARQUES, 2017).

A vulnerabilidade técnica se relaciona aos meios de produção, cuja exclusividade pertence ao fornecedor, pois o consumidor somente pode fazer as escolhas em conformidade com o que existe e lhe é ofertado. Além disso, a vulnerabilidade fático-jurídica se espelha na apresentação de contratos prontos, sem qualquer possibilidade de negociação, cuja maioria das cláusulas não é bem compreendida.

Atualmente, a maioria dos créditos concedidos aos idosos se relacionam com os proventos previdenciários (consignados), desconto em folha ou cartões de crédito, o que tem gerado grandes preocupações em face da catividade desses contratos.

Logo, o reconhecimento da vulnerabilidade do idoso como consumidor constante do art. 4º, inciso I, e inciso IV do artigo 39, ambos do Código de Defesa do Consumidor, é insuficiente. Como bem dispõe o legislador, ao tirar vantagem do consumidor valendo-se de sua fraqueza ou ignorância em razão da idade, deve-se buscar o conceito de boa-fé para aferir adequadamente a postura do fornecedor na fase pré-contratual, do mesmo modo que deve ser observado o princípio da solidariedade.

Para que haja a proteção eficaz desses vulneráveis, o quadro legislativo brasileiro, plural e complexo, exige a compatibilização entre os princípios e

fundamentos constitucionais concernentes à promoção da dignidade da pessoa humana e os estatutos e códigos que igualmente contemplam a proteção ao idoso.

Nesse sentido, a proteção desse sujeito de direitos na rápida e tecnológica sociedade do crédito e do consumo de hoje opera-se por meio do “diálogo das fontes”.

O diálogo das fontes, teoria criada pelo alemão Erik Jayme²⁶, muito frequentemente adotado pela jurisprudência brasileira, foi profundamente pesquisado por Claudia Lima Marques. Percebendo a necessidade de costurar a proteção dos consumidores, grupo considerado vulnerável, com as demais fontes legislativas do ordenamento brasileiro, ela passou a defender a sua aplicação coordenada para alcançar um sistema jurídico eficiente e justo acerca de temas convergentes.

O pluralismo pós-moderno caracteriza-se pela multiplicidade de fontes legislativas que podem regular o mesmo fato, mas, ao mesmo tempo, afastam a antinomia, colisão ou conflito de leis no tempo. A doutrina atualizada se volta mais à harmonia e coordenação entre as normas do que à exclusão, procurando uma eficiência não só hierárquica, como também funcional do sistema plural e complexo do Direito contemporâneo (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013).

Desse modo, a solução a ser encontrada deve superar os paradigmas, sendo mais flexível e fluído melhor para realizar as distinções necessárias em situações diferentes, mas em campo convergente.

A teoria do mestre de Heidelberg, Erik Jayme, propõe a coordenação, flexível e útil, das fontes das normas, superando o monólogo jurídico de que somente uma norma promove a solução justa. “A harmonização e convivência resultam no alcance da *ratio*, da finalidade narrada em ambas as regras “conflitantes” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p.36).

Sob esse ponto de vista, defende-se ao longo desta tese a aplicação conjunta das normas protetivas do idoso e do consumidor, todas interpretadas conforme a Constituição, aplicando-as ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja de forma complementar ou subsidiária. Em outras palavras, “uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”(MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p.38).

²⁶ O mestre alemão Erik Jayme criou a expressão “diálogo das fontes” expressando a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.

Ao propor política pública para a defesa do consumidor idoso, o que se fará no capítulo 6, é inafastável o emprego da mencionada teoria dialógica, uma vez que ela dará substrato mais sólido para enfrentar o “novo drama social da velhice”²⁷, que é o superendividamento.

Assim, analisando-se a evolução do Direito Privado brasileiro, é possível guardar sólidas esperanças quando se vislumbra já um estreitamento do abismo criado pelo individualismo que clama por direitos exclusivos e individuais, através da conciliação do ideal de proteção que reconheça a diferença e a vulnerabilidade, banindo a exclusão social promovida pela “liberdade de contratar”.

A relação contratual contemporânea não é mais exclusivamente atrelada à circulação de riquezas, muito embora o contrato permaneça como relevante instrumento de movimentação da economia de mercado. Contudo, seu fim meramente econômico frustra o projeto constitucional de justiça social, uma vez que os valores fundamentais da pessoa humana são o vértice do ordenamento jurídico.

Por esse prisma, a pessoa da atualidade não é mais a pessoa econômica, mas sim a pessoa existencial que se relaciona juridicamente por meio de experiências individuais com projeção útil (existencial) para si e para o coletivo (NALIN, 2008).

A partir dessa perspectiva, supera-se a lógica privatista pela desconstrução do personalismo e patrimonialismo, rompendo-se o método individualista do “ter” pelo “ser”. A dignidade do contratante idoso encontra seu fio condutor na figura da pessoa em seu livre desenvolvimento, refundando-se o Direito em torno dos valores desta pessoa, e servindo a autonomia contratual como ferramenta para alcançar seu pleno desenvolvimento, respeitando-se as vulnerabilidades.

Em síntese, estabelecidas as bases legais para que se identifique a ressignificação da igualdade e a conseqüente constatação da necessidade de proteção dos vulneráveis, é preciso verificar as premissas sociológicas integrantes das relações contratuais, tema que se passará a analisar.

²⁷ A expressão foi criada por Jeanine Bender de Paula em trabalho conjunto com Lucas Graeff, denominado “O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento”. Porto Alegre, v. 19, n. 2, 2014, p. 579.

3.3 Crédito fácil e massificado: a felicidade (paradoxal) do idoso e o desvelar do superendividamento

Estabelecidas as premissas acerca da vulnerabilidade do idoso e seu tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobressai, também, a relevância da abordagem sociológica da sociedade de consumo na qual está inserido. Esta modernidade líquida desconstrói valores tradicionais e ordena conceitos, sincronizando novos hábitos; por isso, perpassar as condutas sociais naturalizadas possibilitará uma visão mais acurada do contexto.

Para além das intersecções jurídicas entre os campos público e privado, o diálogo do Direito com os demais campos da Ciência é fundamental para romper a rígida separação entre o mundo jurídico e fático. Dessa forma, dissolvidos argumentos fragmentados e descontextualizados, amplia-se a compreensão de que o fenômeno do superendividamento é bem mais complexo do que o reconhecimento legal de sua existência. Por ter se firmado como um dos grandes flagelos deste século, é preciso pesquisá-lo para que, uma vez identificados fatores preeminentes, as estruturas vivenciadas sem qualquer questionamento possam ser alteradas para bem proteger os mais vulneráveis: os idosos.

Nesse sentido, passar-se-á à abordagem sociológica para que seja feita a necessária integração com o Direito, a fim de se desenvolver um conhecimento mais próximo à realidade. Desse modo, consagrando o intuito constitucional que é a inter-relação entre a norma e a vida concreta, homenageia-se a dignidade humana, alcançando uma boa convivência social espelhada na diminuição das desigualdades de quaisquer gêneros.

A análise mais acurada do fato social será realizada no capítulo quinto deste trabalho, quando se analisará mais detidamente os fatores que influenciam na maneira de agir, pensar e sentir a vida, e como essa visão deve se cadenciar com o princípio da solidariedade, para que as relações privadas sejam campo social de grande respeito aos direitos fundamentais.

Por ora, considera-se que a generalidade é uma característica do fato social, uma vez que estes são coletivos e não individuais, e o homem geralmente age influenciado pelo meio. Inexoravelmente, suas decisões repercutem na sociedade, pois a complexidade das decisões de consumo é fato relevantíssimo para a concretização da almejada boa sociedade (livre, justa e solidária).

O grande estímulo ao consumo e a concessão facilitada de crédito são as ferramentas mais usuais para convencer o idoso de que só a integração intensa à cadeia de consumo preencherá seu vazio emocional, ao mesmo tempo que possibilitará a realização de seus sonhos.

Por tudo quanto analisado precedentemente neste capítulo, é possível afirmar com segurança que a senectude guarda elementos de certa forma gerais, no entanto, está muito distante de ser a mesma para todos os idosos, uma vez que depende de inúmeros fatores para ser cunhada. Se existem gerontologistas, psicólogos, médicos, antropólogos, pesquisando acerca do tema, também na área da publicidade e economia, por exemplo, há estudos de técnicas ideais para que o sistema capitalista permaneça “saudável”, isto é, abastecido pelo consumo de cada dia.

Através de métodos habilmente delineados, o idoso é estimulado a acreditar que precisa superar o comodismo da velhice. Encorajado a acompanhar a cultura da pós-modernidade, submerge na ideia de que consumir é uma prática inovadora e natural. Caso ignorada, ele próprio estará decretando sua exclusão, uma espécie de autofagia social.

A ideia de isonomia no acesso às oportunidades de ascensão socioeconômica por méritos individuais é típica do sistema capitalista. A ideologia burguesa presume que o trânsito entre as classes sociais dependa do trabalho e da força de vontade de cada um para alcançar um novo status social.

No entanto, como já anteriormente referido, em um país como o Brasil, essas variáveis são justamente os fatores que tornam insuficiente a mera subsunção legal para assegurar a igualdade material e permitir a mobilidade social, notadamente das classes de baixa renda. Nesse mesmo norte, tais fatores reverberam na estabilidade familiar, diretamente afetada pela pobreza que, por sua vez, desponta como grande obstáculo no acesso à educação qualificada. Melhores condições de vida favorecem melhores oportunidades de ascensão pela qualificação para o trabalho.

No imaginário das pessoas enraizou-se a ideia de que uma situação desigual deve ser superada pelo esforço próprio alocado na conquista da nova condição almejada, quando, em verdade, essa desigualdade é pressuposto do próprio sistema capitalista.

É facilmente perceptível que o idoso, na contingência da desvalorização do poder aquisitivo, pois já não possui mais expressiva força de trabalho que lhe complemente a renda, obriga-se a recorrer a contratos de crédito que substituirão a

sua “incapacidade” de gerar renda, garantindo sua permanência no mercado de consumo.

A estigmatização da velhice estabelece dicotomias, dentre as quais destacam-se dois modelos antagônicos de pensar o envelhecimento. No primeiro, o idoso representa um fardo para a família, seja do ponto de vista econômico, seja social, baseado na visão de um sujeito doente, isolado e abandonado pela família. O segundo personifica o idoso como um ser ativo, capaz de se adaptar às novas questões de vida e superar os desafios. Essa ideia é mais fortalecida na medida em que prevalece a rejeição à própria velhice.

A fim de se realizar o recorte necessário que esta tese exige, a pesquisa se debruçará sobre o segundo modelo, mais apropriado ao que já se examinou acerca do fenômeno da reprivatização da velhice e suas repercussões.

Alçando o idoso a sujeito ativo e propulsor de mudanças sociais, criando, inclusive, novos arranjos em adequação à nova sociedade, essa óptica faz coro com os discursos relacionados a um novo mercado de consumo. Alimenta-se a ideia de que a velhice pode ser eternamente adiada por estilos de vida, estes diferenciados pelo consumo adequado a certas finalidades, ou seja, a variedade de comprar dita as regras de vida.

O envelhecimento ativo do século XXI presente nas novelas, comerciais, noticiários e filmes, por exemplo, retrata uma vida de intensas experiências sociais, constantes e inovadoras, que exigem uma dinamicidade do idoso nas esferas pública e privada para conquistar o bem-estar individual e também coletivo, fatores cruciais para a sua construção identitária.

A ânsia de corresponder aos modelos pré-concebidos reflete o fato de que “nós somos no mundo com os outros” (BORBA, 2016, p.3), as vivências estabelecidas pelas pessoas à volta espelham umas às outras, o mundo está impregnado de pessoas que vivem em atitude natural e não têm conhecimento do que acontece ao seu redor (BORBA, 2016, p. 23). Esse agir tradicionalmente autômato se descola do que seja ser um fim em si mesmo, é a metáfora que representa o títere nas repetições de padrões de conduta, em outras palavras, é o agir heterônomo já perscrutado por Kant no século XVIII.

Evidentemente que é necessário lançar um olhar crítico sobre essas tradições, pois é inequívoco que muitas vezes são replicadas atitudes “genuínas”, fruto de automáticos e irrefletidos pensamentos espelhados.

A partir dessa premissa, desponta a relevância de, na cotidianidade, repleta de variações e constantes mudanças orquestradas por operações financeiras e creditícias mediadas pelo capital, o homem ser livre e responsável para que as necessárias (e salutares) modificações sejam engendradas a partir da análise reflexiva e crítica acerca das situações experimentadas.

Tal reflexão é necessária porque, aparentemente, viver em sociedade, tal como a visão capitalista-consumista atual, só pode ocorrer se o crédito for o impulsionador das relações pessoais e sociais, já que a valoração dos elos intersubjetivos passou a ser mensurada pela ostentação dos objetos consumíveis e descartáveis.

Conforme Gilles Lipovetsky (2007, p. 174-175) a onda publicitária está em seu apogeu, tornando-se cada vez mais ostensiva e ambiciosa para alcançar seu objetivo de destraditionalização da vida social. Com base nessa afirmativa mais tangível se torna a percepção de que há um processo de mudança social no Brasil. Atores mais envelhecidos obstinados por satisfazer seu anseio de pertencimento, mas sem possibilidade de ascensão econômica, decidem sem a autêntica vontade. Sob a concepção jurídica, significa que a falta de transparência e boa-fé na oferta massificada do crédito, que, repita-se, parece ser a solução, compõe uma liberdade fictícia neste quadro de vulnerabilidade.

A economia global pós-moderna, que produz mais bens do que as pessoas necessitam, está calcada em mitos de abundância e ostentação da opulência. Compra-se para satisfazer algum desejo ou preencher algum vazio, os impulsos impedem a reflexão sobre a real necessidade de tomar o crédito que, conseqüentemente, é campo fértil para análises superficiais das condições impostas pelo contrato. Simultaneamente, as conseqüências de tais ímpetos permanecem em segundo plano em homenagem aos desejos. Manifestamente o tratamento especial se faz indispensável, pois a extensão temporal das dívidas é perene (por vezes, oitenta e quatro meses de descontos mensais), o que é bastante grave quando reputada a rapidez com que produtos são “despejados” no mercado e vendidos como solução para (revitalizadas) aspirações. Há muito tempo a meta individual deixou de ser o bem-estar, o sentir-se bem para ser o ter para viver.

Identificada a nova postura social através da qual se constrói a nova vestimenta, que é a de comprar, a noção de consumo assume outra direção, sendo relevante destacar que consumo e consumismo não são sinônimos.

O consumo é pressuposto da vida, relaciona-se às necessidades ordinárias que requerem a aquisição de algo essencial ou útil, por isso não se vive mais sem consumir. Por outro lado, o consumismo revela-se no exagero, em uma necessidade hipervalorizada em relação a algo não exatamente indispensável, seja por sua natureza, seja por sua quantidade; o consumo se torna exponencial e extrapola o campo da indispensabilidade e, sob o viés simbólico, assume-se como luta por status.

O encorajamento ao consumismo pressupõe práticas pouco éticas. Primeiramente, sob a perspectiva de equalização de mercado, as pessoas são homogeneizadas para que milhares de bens de consumo sejam desejados por outros milhares de pessoas que cultivam um propósito comum: estreitar seus laços subjetivos aos do grupo social que objetivam pertencer.

Dessa forma, a expressão consumista vem agregada à noção de supérfluo, porém sem conotação de culpa, ao contrário, significando uma qualidade superior em relação àqueles que não têm a mesma condição (CARVALHO; FERREIRA, 2016, p. 177).

A mensagem dos anúncios veiculados na televisão, expostos nas vitrines, parece oferecer uma gama de soluções para se fruir os prazeres da vida. O modo de oferta de crédito como ferramenta de afastamento do subconsumo torna-se fundamental na análise da autonomia e dignidade no fenômeno do hiperconsumismo, sobretudo para os idosos.

O novo modelo de vida, também denominado de “eterno recomeço”, é fruto da reconstrução do convívio humano a partir do protótipo das relações de consumidores e objetos de consumo nos quais, em razão da volubilidade das incertezas, sobressaem o desapego e a plurivalência, “existe uma mistura e abolição das divisões entre aquilo que é considerado uma coisa a ser escolhida e aquilo, ou aquele, que a escolhe” (CARVALHO, 2011, p. 58).

Essa cultura consumista criou uma sociedade em que nenhuma pessoa é sujeito sem que antes tenha se tornado uma mercadoria. Há um prévio condicionamento biológico e psicológico para viver de acordo com regras padronizadas, criando-se atores inseguros, cujo temores são dissipados com a satisfação de seus prazeres através da compra de bens supérfluos e com prazo de validade determinado (BAUMAN, 2008, p. 113).

Para que haja a adequada sustentação, para que o custo de um produto seja menor, é preciso que o consumo ocorra em larga escala, por isso o consumo é

superestimulado no mercado capitalista. A larga escala, portanto, produz sujeitos ajustados e acomodados à homogeneidade, o que amplia o alcance de pessoas.

O processo de massificação das mercadorias transmutou suas características originais, estas deixaram de ser apenas objeto de desejo para se transformarem em rótulos de novas identidades. Igualmente se destaca o fato de terem se consubstanciado como matriz das relações sociais, extravasando seu papel simplista e tradicional de força propulsora da economia.

Essa intensa relação exige que o mercado recorra a certas formas de incitação, dentre as quais a publicidade, que aglutina o alcance da felicidade com a satisfação do maior volume possível de desejos. Esse fato pressupõe a substituição rápida e constante dos objetos. O fenômeno cria um paradoxo: ao mesmo tempo que a homogeneização dos gostos é empreendida para que todos, subliminarmente, tenham estimulado o desejo de consumir (somente se é alguém no mundo se puder consumir como os outros), transmite ao idoso a mensagem de que é único e especial.

A publicidade já não se contenta em ser o realce da mercadoria, ela exalta visões do mundo, passa mensagens, valores e ideias com intuito de fidelizar o cliente (LIPOVETSKY, 2007). No caso da exploração da vulnerabilidade do idoso, significa negação da senectude e a reprivatização da velhice conjugadas à oferta massiva de crédito.

Nesse movimento criativo, as novas necessidades fazem com que as antigas sejam esquecidas, a publicidade é o “mapa da mina” para alcançar novas conquistas. O despotismo publicitário, embelezado nas propagandas, ocupa-se em tocar os sentimentos mais íntimos das pessoas, seduzindo-as, minando a informação a respeito do bem de consumo como fator relevante na escolha.

A consequência da passagem da comercialização para o consumismo foi a acentuação do desejo de “ter” e “comprar”. O consumo sustenta a economia e, gerindo o arranjo social, transmuta-se para a “principal força propulsora e operativa da sociedade” (BAUMAN, 2008, p. 41), afirmando-se como agente de reprodução sistêmica que leva às estratificações sociais. A partir de então o consumismo assumiu o papel-chave que antes, na sociedade de produtores, era exercido pelo trabalho (BAUMAN, 2008).

Nesse cenário, é de se indagar por que as pessoas anseiam tanto por consumir se é notório o fato de que, em muitas ocasiões, a superlatividade leva a consequências nefastas. A questão, mais uma vez, é deslindada por Bauman (2008,

p. 41), ao afirmar que a inabilidade para esse novo modo de vida deflagra uma severa “baixa colateral do consumismo” (BAUMAN, 2008, p. 149): a pessoa é considerada deficiente e falha, relegada à subclasse da sociedade, pois não responde adequadamente aos estímulos mercadológicos (BAUMAN, 2008).

Consumo é igualdade. Hoje ser cidadão econômico ativo é aproveitar das benesses do mercado liberal e globalizado como agente ativo e consumidor. [...] Em outras palavras, consumo é, para as pessoas físicas, a realização plena de sua liberdade e dignidade, no que podemos chamar de verdadeira ‘cidadania econômico-social’ (MARQUES, 2012, p. 407).

Esse contexto segregador exerce grande influência no superendividamento do idoso, ao articular o conceito de liberdade de contratar ao poder de consumir. Desvirtua a sua dignidade porque tolhe o seu agir autonomamente, levando-o a assumir papel de mero instrumento ou meio para um fim almejado, ainda que ele mesmo o tenha elegido para si.

A dignidade está sendo violada porque, como visto em Kant, a correta execução da ação é o cerne do agir humano, e não sua consequência, o que significaria aceder a desejos externos (agir heterônomo e utilitarista).

O *marketing*, tendo por finalidade criar, trocar, comunicar ofertas que sejam valoradas pelo público-alvo, utiliza ferramentas e técnicas que tornam supérfluo o esforço da venda da mercadoria, isto é, o produto é tão adequado ao cliente que é auto vendável. A publicidade é de tal forma direcionada que o consumidor prontamente estará disposto a comprar, bastando a disponibilização do produto.

Nessa conjuntura, facilmente surge o superendividamento como resultado da associação entre o direcionamento do crédito ao idoso, disponibilidade excessiva e concessão irresponsável; em outros termos, quando o concessor do crédito sabe ou deve saber que o devedor não terá condições financeiras de pagar futuramente (LIMA, 2014, p. 35).

Com base nesse enfoque, pode-se inferir que o consumismo é um dos grandes responsáveis pela estratificação social, pois aquele que não tem a capacidade de tomar crédito é considerado um excluído. Isso o impulsiona a buscar diferentes meios de adquirir bens e serviços que satisfaçam seus anseios de aceitação e manutenção de visibilidade na sociedade.

Sendo o crédito o principal meio para aquisição de bens e serviços, o contrato emerge como instrumento essencial. Por isso suas características e efeitos são de

comprovada dimensão, motivo pelo qual a análise da pesquisa cinge-se a ele por razões que serão melhor expostas no próximo capítulo.

Nesse cenário, a vulnerabilidade do idoso é notória e indubitável. Com o aumento da expectativa de vida aliado à estabilidade econômica advinda principalmente dos benefícios previdenciários, surge um novo compartimento mercadológico engendrado especialmente para “a terceira idade” ou, como preferem alguns, “a melhor idade”.

Todavia, em uma época de estímulo ao crédito massificado através de promessas singularmente planejadas para os idosos, e que têm como pano de fundo a redução dos estigmas da velhice quanto ao avanço da idade e limitações naturais desse período, o risco de um endividamento torna-se superlativo.

Analisando a função desempenhada pela oferta, Zygmunt Bauman (2010, p. 29-30) salienta que pensar somente no “depois” é uma atitude inconsequente que acarretará uma acumulação de problemas, pois a oferta tem por escopo produzir mais demanda, seja ela por produtos ou empréstimos creditícios. O sociólogo afirma que o mercado de consumo se lastreia na eterna insatisfação do consumidor-mercadoria.

Assim, é indiscutível o valor de que se traveste a informação no contrato de crédito para que a liberdade de contratar seja efetivamente desimpedida e livre, consciente das repercussões geradas.

É preciso contextualizar especificamente os idosos que, categorizados a partir de certa faixa etária, são rotulados como frágeis, ultrapassados e improdutivos, fomentando um cenário de opressão e conseqüente depreciação. Nesse quadro, a oferta manipuladora ocupa o espaço do vazio existencial, transmitindo uma ideia de que a liberdade conquistada através do crédito solucionará quaisquer reveses e a aquisição de um bem proporcionará a reinserção no grupo social.

Muito embora a Constituição contemple a proteção do idoso, o desafio lançado é o reconhecimento deste como cidadão na senectude, pois a velhice precisa ser compreendida e não apenas regulamentada. Aliás, a regulamentação tem se mostrado insuficiente para a proteção do idoso, pois a sociedade vive o paradoxo de considerar indesejáveis as limitações do envelhecimento ao mesmo tempo que cultiva o desejo da longevidade (ou seria do afastamento da morte?).

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2002, p. 7) salienta que “a velhice parece que pode ser considerada uma vitória com sabor de fracasso. Todos querem viver muito,

ninguém quer ser velho”, o que justifica comprar oportunidades para reviver momentos, e/ou criar experiências mais atuais.

O tempo assinala, para todos, novas necessidades e formas de vivência, pois o ser humano está sempre em busca de uma vida mais serena e confortável. Esse objetivo individual representa também um desafio para toda a sociedade, que tem o compromisso de promover o bem de todos a partir da diminuição das desigualdades sociais e regionais, pois não se pode admitir homens de primeira e segunda categorias, o que atentaria contra os princípios essenciais da Constituição (RAMOS, 2002, p. 132).

Quanto àqueles que não têm acesso ao crédito, mais uma vez se recorre à percuciente análise de Bauman (2010, p. 53), que os define como “consumidores falhos” e por isso considerados responsabilidade do Estado (social), a quem incumbe reciclar a pobreza. No âmago da estrutura, percebe-se a transferência de responsabilidades do Estado para o cidadão, cabendo exclusivamente a este a conquista e manutenção do bem-estar futuro para suas realizações pessoais (BAUMAN, 2010).

Diante desse contexto, percebe-se a facilidade com que o superendividamento domina a vida: o indivíduo desamparado e sem perspectiva busca no crédito o socorro para suas necessidades, sejam elas materiais ou emocionais, que, de forma recorrente, provocam endividamento superlativo em suas vidas.

Quando se analisa a codependência entre o aumento estrondoso de produção e o grande fluxo de novas “necessidades” em uma conjuntura na qual a renda não aumenta na proporção da oferta de crédito, o superendividamento é o resultado natural, alcançando patamar de verdadeiro flagelo social²⁸.

E, nesse estado da arte, é provável que o consumidor idoso, que celebra contratos de crédito de forma desarrazoada, visando à aquisição de produtos e de serviços simbólicos de *status*, não deixa de estar em uma posição de defesa, de uma reação narcisista que se forma no psiquismo do indivíduo quando convive com frustrações variadas, que vão desde as relações familiares, estendendo-se até o convívio social fora desse ambiente. Nessa perspectiva, pensamos que sofre ainda mais o idoso esquecido, abandonado, que observa no crédito um fator de inclusão e, até mesmo, de obtenção de afeto (SCHMITT, 2014, p.143).

²⁸ Dados revelados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS demonstram que as linhas de crédito concedidas a partir da consignação de descontos em benefícios da Previdência Social travestiam-se, em um primeiro momento, como uma política de inclusão do idoso no mercado de consumo. Todavia, diante da procura maciça por crédito pelos idosos, ambientada em um cenário de grandes violações de regras éticas, produziram o fenômeno do superendividamento.

Muito embora seja um fenômeno identificado há algumas décadas, somente em 01 de julho de 2021, é que o superendividamento passou a ser regulado no Brasil, tornando necessário aguardar os ajustes necessários para a aplicação da lei²⁹. Um dos grandes desafios é transpor a esfera individual do problema para modificar a visão do superendividado como um devedor contumaz, cuja solução seria a execução simples das dívidas.

Para tanto, é necessária uma concepção moderna de endividamento, que se dará com a superação da visão clássica da autonomia da vontade no âmbito dos contratos individualistas, a qual, como se analisará no capítulo subsequente, tornou-se insuficiente para a regulação dos contratos da modernidade.

Por se tratar de um problema que atinge todos os gêneros, profissões, raças e grupos sociais, o tema é enfrentado em nível mundial. A legislação francesa, que inspirou a doutrina brasileira até mesmo quanto à denominação do instituto, define que “a situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas” (SCHMIDT NETO, 2012, p. 242).

Em acepção semelhante, a autora portuguesa Maria Manuel Leitão Marques (2005, p. 235), afirma que o superendividamento se caracteriza “pela impossibilidade manifesta de o devedor de boa-fé fazer face ao conjunto das suas dívidas não profissionais vencidas ou vincendas”.

Em solo brasileiro, como já referido, o fenômeno carecia de definição legal específica, o que foi sanado com o artigo 54-A.

“Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

§ 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

²⁹ Em 2012 uma comissão de juristas liderados pela professora Cláudia Lima Marques e pelo Ministro Antônio Herman de Benjamin formulou o projeto de lei nº 283/12, que, após tramitação, em face das alterações propostas, passou a ser o PL n. 3515/2015 e, finalmente, foi aprovado e acrescentou dois capítulos específicos ao Código de Defesa do Consumidor relativamente ao superendividamento. A tese versará sobre a renovação do Código em seu último capítulo.

§ 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor” (BRASIL, 2021).

Os desdobramentos do conceito supramencionado assentam que somente a pessoa natural é passível de ser alcançada pela definição, pois, em se tratando de pessoa jurídica, há um regime próprio de falência e recuperação judicial. Quanto aos débitos assumidos pelo consumidor, podem ser de natureza contratual ou legal, excetuando-se os de origem alimentar, fiscal ou provenientes de delitos. Além disso, é preciso que o consumidor esteja de boa-fé, isto é, que não tenha contraído débitos para se furta à responsabilidade de pagá-los.

Relativamente ao valor global dos débitos, não há um mínimo. A aferição resulta do cotejo entre ativos e passivos da pessoa, atentando-se para suas necessidades básicas.

A doutrina brasileira classifica o consumidor em superendividado ativo ou passivo. Ativo é aquele que voluntariamente se endivida, induzido pelas estratégias publicitárias das empresas fornecedoras de crédito. Quando o consumidor é atingido por fatores externos, também chamados de incidentes da vida, tais como desemprego, redução de salários, doença, morte na família, etc., ele ocupa a posição passiva nesse fenômeno.

Gilles Paisant (2002, p. 12) traça o comparativo entre ambos elucidando que “el sobreendeudamiento pasivo se refiere a individuos que no gozan de bastantes recursos para satisfacer sus necesidades mínimas de consumo, frente a los sobreendeudados activos que han abusado del crédito”, isto é, denotando muito mais escassez de recursos financeiros do que propriamente um excesso de dívidas.

Essa categoria de endividados se subdivide em ativo consciente e ativo inconsciente. O consumidor que assume dívidas com intuito de fraudar o credor, pois sabe não ter condições de pagar, é o superendividado consciente e de má-fé, e este não encontra amparo na lei.

Por outro lado, indo ao encontro da definição de superendividado adotada pela doutrina brasileira no que tange à necessidade de novas políticas de tratamento, inconsciente é o consumidor que agiu por impulso e, de maneira imprevidente, deixou de controlar seus gastos (SCHMIDT NETO, 2012, p. 252). Em outras palavras, “o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu

orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe” (KIRSCHNER, 2008, p. 74).

Os grandes estudos realizados no ramo do *marketing* e da publicidade estudam o comportamento do consumidor e as formas de induzi-lo a comprar. Os centros de compras, shoppings, lojas, montam um aparato sedutor para que o consumidor, inspirado pelo acolhimento e bem-estar do ambiente, compre. Por isso, o desejo de viver acima de suas possibilidades econômicas para adquirir tudo o que a mídia de massa trata como indispensável tem como consequência indispensável o superendividamento (SCHMIDT NETO, 2012, p. 253-254).

Com o intuito de propor políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal e também na legislação infraconstitucional, centrar-se-á na definição do superendividado ativo inconsciente, tendo em vista a vulnerabilidade agravada do idoso pelas fragilidades próprias que o levam a comportamentos ludibriados e artificiais.

A relação agressiva entre *marketing* e publicidade para que o consumidor busque a realização de necessidades (manipuladas), que o fazem acreditar ser admirado ou feliz pelos produtos que ostenta, desvela a complexidade da questão.

A democratização do crédito, com sua variante de disponibilização irresponsável pela facilidade de celebrar empréstimo por consignação ou por cartão de crédito, inclina o idoso facilmente ao superendividamento de uma forma inconsciente.

O cartão de crédito muitas vezes é concedido sem necessidade de comprovação de renda, o pagamento pode ser parcial à custa de altos juros; o cheque especial se conforma a uma linha de crédito pré-aprovada para que o idoso sem saldo na conta corrente ou que precise de valor maior possa se socorrer. Esses são alguns exemplos. Há, ainda, o fato de os fornecedores de crédito, aproveitando-se da existência de outros empréstimos consignados, oferecerem a quitação deles sem esclarecer se tratar de uma repactuação da dívida. Além disso, em todas as oportunidades, sempre são disponibilizadas outras formas de crédito, que comprometem substancialmente a renda mensal.

Por essa razão, a maneira simplista de definir o idoso somente por atingir os 60 anos é insuficiente. Não se trata de reconhecer a hipervulnerabilidade dele a partir

de um marco etário³⁰, mas, para além disso, buscar assegurar uma vida mais digna em vista dos momentos existenciais e emocionais característicos que, em um contexto desequilibrado, podem gerar consequências nefastas para si próprio, sua família e para toda a sociedade.

O Brasil está muito distante de uma autonomia privada educada. Se mesmo o consumidor médio não compreende muito bem os contratos de crédito, o idoso se depara com muitos obstáculos que o impedem de apreender as operações, apenas assina o que lhe é apresentado.

Com o avanço da tecnologia, as compras *online* e cartões de crédito (dinheiro de plástico), o acesso ao crédito também se torna descontrolado. Quando essas formas não eram tão difundidas e permitidas, o dinheiro impresso ainda trazia alguma limitação de uso, pois findo o salário, não havia mais como comprar. Ademais, as novas formas de acesso ao consumo impõem inclusive limitação no tempo para reflexão.

Os fornecedores de crédito facilmente rompem com as justas expectativas dos consumidores idosos ao lhes repassar informações insuficientes e não raras vezes confusas, dificultando a compreensão do significado de contratar. Infelizmente, esse fenômeno é típico de uma sociedade em que o consumo é cada vez mais valorizado, reduzindo-se a pessoa a “algo” com potencial de compra.

Em relação aos consumidores idosos que firmam contratos de crédito mediante desconto mensal sobre os valores de aposentadorias ou benefícios previdenciários, o fornecedor do crédito não é exatamente o titular de um débito vencido, pois o contratante não está inadimplente.

O grande problema está no fato de que, por anos, o idoso amargará descontos que representam o achatamento de valores essenciais à sua subsistência, situação bastante grave e que revela interesse social acerca da sua prevenção.

A desintegração do idoso, por assim dizer, na massa consumista viola a sua dignidade, pois ele se coloca na posição de instrumento para alcançar um determinado fim.

Assim, o homem contemporâneo não busca propriamente um objeto, que tem anulada a sua materialidade e funcionalidade. Na verdade, esse objeto representa um suporte para projeção infinita de seus ideais, de forma que o homem pode reencontrar a si próprio através das miragens de ego ideal que

³⁰ Segundo o artigo primeiro da Lei n. 10.741/2010, o Estatuto do Idoso destina-se a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

o objeto acaba encarnando. E essa conjuntura redundante na anulação do indivíduo, uma vez que esse aceita, sem refletir, a realidade gerada pela sociedade de consumo, aderindo às suas regras de funcionamento (SEVERIANO, 2001, p. 156).

Nesse contexto, é provável que o idoso, que celebra os contratos de crédito seguindo os apelos publicitários que informam os padrões estéticos e procura signos culturais de ostentação, facilmente esbarrará em contratos desarrastados visando a aquisição de objetos simbólicos. Nessa posição de defesa, ele busca fugir de frustrações variadas, tornando-se mais vulnerável ao conceber o crédito como forma de inclusão social e até mesmo de afeto.

A partir dessas premissas, a defesa do idoso deve ser reforçada, primeiramente pelo simples fato de ser consumidor e, portanto, vulnerável. Além disso, acrescente-se o atributo do avanço da idade como elemento fragilizador da pessoa humana e se está diante da vulnerabilidade agravada, merecedora de maior proteção jurídica para assegurar a justiça social.

Demonstra-se, portanto, que o Direito deve se ocupar desse tema porque tem de apresentar respostas a partir da função social que desempenha, extrapolando sua sistematicidade para alcançar a verdadeira funcionalidade; isto é, embora os idosos sejam “velhos temporalmente”, são novos titulares de direitos, merecendo cuidado e respeito.

Portanto, se o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um controle da prestação jurisdicional em face dos indivíduos, evitando a sua redução à condição de mero objeto, é de extrema relevância institucionalizar-se políticas públicas que preservem a dignidade do idoso.

A tutela do idoso não se trata de mero protecionismo assistencialista. O que se objetiva demonstrar com a tese é a superação da ideia essencialmente liberal do Direito Privado dos séculos XIX e XX, para o qual basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade.

Fabiana Spengler (2018, p. 106) reforça a ideia para tal intento ao analisar o desafio social que essa construção da igualdade lança: superar a lógica meramente identitária e caminhar para o reconhecimento da alteridade, diversidade e reciprocidade. Assinala a autora que a fraternidade, um dos três pilares da tríade francesa, vem retomando seu espaço, já que liberdade e igualdade ficaram incompletas.

O homem, com efeito, não nasce homem, mas se faz homem. É impossível renunciar a essa identidade originária, que faz parte da condição humana [...]. Ela se constrói necessariamente num confronto intersubjetivo entre um *eu* e um *outro*, e entre *nós* e os outros (SPENGLER, 2018, p. 106).

Nesse aspecto, a diversidade traz ínsito o que há de comum, isto é, a identidade, cuja construção “se dá na relação dialética entre subjetividade e alteridade” (SPENGLER, 2018, p. 107), porém, adverte que se a perspectiva se limitar a enxergar o outro como um não eu, ele se tornará adversário, em quem não se deva confiar (SPENGLER, 2018).

Não seria essa a lógica individualista e homenageadora da autonomia da vontade tão defendida nos contratos? Sem a superação dessa visão, não há como caminhar na direção da igualdade material, pois o reconhecimento da vulnerabilidade passa necessariamente pelo respeito à diferença!

A abstração da rivalidade egoísta revela, antes disso, uma preocupação especial com a construção de uma dogmática do bem comum constitucional como fundamento das inovações em Direito. As relações humanas não podem ser vistas como outrora, já que a evolução, representada pela interpretação da norma em consonância com o princípio basilar do ordenamento jurídico de proteção à dignidade da pessoa humana, é axioma para a concretização dos ditames constitucionais.

Partindo-se da premissa de que o caminho a trilhar é da pessoa abstrata à pessoa concreta, nessa direção a prevenção do superendividamento revela-se de grande importância no contexto atual, notadamente porque erradicar a pobreza e a marginalização a fim de reduzir as desigualdades é um dos objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal.

No momento em que no Brasil, assim como no mundo, avoluma-se o envelhecimento populacional pelo aumento da longevidade, há que se refletir sobre a qualidade de vida da população idosa em face do arcabouço normativo ao alcance do intérprete. É necessário voltar o olhar para a defesa do direito fundamental à existência digna a ser cumprido por todos: Estado e sociedade civil, passando, indubitavelmente, pela família.

O grande desafio social perpassa pela construção de um Direito cosmopolita que busque o desenvolvimento universal, isto é, que supere a lógica do individualismo, do interesse pessoal, de grupo ou classe, transitando do fundamento do

“pertencimento” para a lógica do “humano”, do “estar com o outro” e não “contra o outro” (SPENGLER, 2018, p. 107).

Nada obstante a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, esse papel de destaque não tem bastado para afiançar a sua eficácia social. Como já referenciado, o Constitucionalismo Contemporâneo vivencia uma crise estatal, no sentido de ser ineficaz como único aparato a garantir a preservação dos direitos dos idosos. É necessário que as relações interprivadas também garantam um patamar desejável de igualdade entre sujeitos diferentes.

O que se busca não é apenas a aplicação da lei puramente. Deseja-se obter uma decisão judicial que não se limite a declarar alguém vitorioso, mas, por meio de práticas e diálogo que auxiliarão na detida análise por vários ângulos, tendo por bússola a Constituição Federal, supere as divergências para que as partes envolvidas cheguem a uma síntese capaz de balizar direitos e deveres respeitando a diversidade.

4 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO E A BUSCA DA PROTEÇÃO DO IDOSO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades. Muda-se o ser, muda-se a confiança;

Todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades”.

Luís de Camões

Regras básicas e mínimas de convivência social sempre estiveram presentes na história da humanidade. As normas sofreram modificações na medida em que o anseio por um mundo mais ético e pacífico se tornou um ideal cada vez mais presente, capaz de consolidar valores mais fortes, e transformar o homem em um ser humano mais digno.

Ainda que se observe apenas as relações pessoais, as premissas de “dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar a ninguém” (HIRONAKA, 2014, p. 02) são regras essenciais e, por integrarem relações do trato cotidiano, não é somente o Direito quem deve observá-las.

O aprimoramento dos relacionamentos humanos para a formação de uma sociedade mais justa e nobre é regramento básico para um convívio social o mais ético possível. Por esse motivo, no compasso de acompanhar as transformações sociais, surge a Constituição da República de 1988 como fonte de princípios e regras. As premissas balizadas pela igualdade material e justiça social, até então dissociadas do Direito Privado, foram os principais valores que modificaram as bases individualistas.

A releitura do Direito Civil à luz da Constituição não serve apenas para sua aplicação indireta, mas também para reconhecer a sua incidência nas relações entre particulares, de modo a obter a máxima realização dos valores constitucionais.

Sob esse ângulo axiológico, a norma tem sua validade reconhecida se expressar o interesse geral e de bem comum, afastando o traço acentuado do positivismo jurídico para ceder lugar à lapidação de um Direito eficaz.

A centralidade do Código Civil de 1916, no período liberal-individualista, contemplava a autonomia privada como principal alicerce contratual, tradicionalmente reconhecida como a liberdade de escolha de “com quem contratar, quando e sobre o quê”, incumbindo ao aparato estatal promover a segurança jurídica da vontade declarada, intervindo nas relações subjetivas para atender ao dever de fazer valer a avença.

Além da autonomia privada, uniam-se, ainda, à visão tradicionalmente individualista, os princípios da relatividade e obrigatoriedade dos pactos, que implicam na imutabilidade do contrato uma vez que a vontade foi manifestada livremente, e a necessária produção de efeitos somente entre as partes envolvidas.

Na passagem do modelo clássico para o contemporâneo, tendo por referência normativa fundamental a Constituição Federal de 1988, o quadro se alterou substancialmente. Surgiram novos princípios jurídicos, calcados na promoção da dignidade humana, na solidariedade social e isonomia substancial, criando um cenário nitidamente solidarista.

Em pouco espaço de tempo, a nova ordem jurídica promulgou o Código de Defesa do Consumidor³¹, absorvendo a nova tábua de valores e a transportando para as relações de consumo. Na esteira de tal tendência normativa, a construção da doutrina e jurisprudência foi consolidando referidos valores, refletindo, posteriormente, na consagração dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio das prestações pelo Código Civil de 2002, a serem aplicados nas relações paritárias na esfera contratual.

A figura do vulnerável tornou-se ainda mais visível a partir dessas premissas, exigindo que o tratamento jurídico fosse modificado em face do desenvolvimento econômico e tecnológico, próprios da globalização, pela dissipação das fronteiras.

No atual cenário de massificação contratual, na grande maioria das vezes envolvendo vulneráveis, é premente o tratamento adequadamente diferenciado na preservação de direitos fundamentais e consecução da justiça social, proporcionados pelos princípios, cláusulas gerais e conceitos abertos.

Assim, a relatividade dos contratos, cujos efeitos se limitavam apenas às partes, adquire novos contornos. Além dos interesses individuais das partes

³¹ O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 120 dias a partir da promulgação da Constituição.

contratantes, estas, por força do princípio da função social do contrato, devem também respeitar os interesses socialmente relevantes.

A mitigação da relatividade dos efeitos dos contratos rompeu com a mentalidade individualista do Código de 1916. Nas palavras de Gustavo Tepedino (2015, p. 45), houve a “relativização da relatividade”.

Na contemporaneidade, o cenário jurídico é integrado pelo consumo. Como já referido, a sociedade passou a priorizar a compra de seus desejos, o que refletiu profundamente no volume de contratações. Da mesma forma, o modo de estabelecer as avenças patrimoniais foi fortemente influenciado pelas necessidades de afirmação de prestígio social, comprovando, já na nascente do ato, um desequilíbrio (ao menos psicológico).

Logo, as modificações ocorridas na sociedade, especialmente na seara contratual em que comumente uma das partes é mais forte do que a outra, expuseram a vulnerabilidade dos envolvidos e, com isso, a necessidade de novos critérios interpretativos e protetivos.

Na situação específica do idoso contratante, mesmo que o Código do Consumidor e o Estatuto do Idoso contenham comandos no sentido de assegurar a sua dignidade, permanecendo como microssistemas robustos em termos de direitos, a assimetria permanece como traço marcante nos contratos por adesão.

A fragilidade negocial do idoso, em tempos atuais, é acentuada pela massificação do crédito através de contratos que fortalecem cada vez mais o poder econômico dos empresários. Justamente essa é a realidade que se apresenta e impõe novas construções para o Direito contratual, a fim de que atenda ao sentido da verdadeira dignidade: vida mais livre e justa.

4.1 A erosão da teoria contratual clássica e reconstrução do Direito Civil para a indispensável proteção do idoso em face de sua vulnerabilidade agravada

A concepção de contrato vem sendo moldada desde os romanos, refletindo a vida em sociedade que absorvera as práticas sociais, os costumes, a moral e o modelo socioeconômico, isto é, “os contratos, por assim dizer, nascem da realidade social” (MARQUES, 2019, p.34). No desenrolar da História, as convenções contratuais, quer

fossem escritas ou verbais, estabeleceram obrigações originadas da liberdade de comprometimento, ligando, de forma irrevogável, os envolvidos à palavra dada.

Afirma-se que em Atenas, quando Sólon³² se ocupava com medidas legislativas e estabeleceu leis escritas aos cidadãos, Anacharsis o alertou sobre a impossibilidade de reprimir a injustiça e a cupidez dos homens por meio de leis escritas. A advertência, exprimida metaforicamente pelo irônico filósofo, comparou-as (as leis) às teias de aranha: “deterão os fracos e os pequenos; os poderosos e os ricos as romperão e passarão por meio delas” (DAIBERT, 1980, p. 03). Alheio ao alerta, demonstrando a crença no ser humano, Sólon respondeu-lhe que os homens respeitavam as convenções entre si.

A passagem serve para demonstrar que, mesmo antes de a lei escrita impor sanções aos seus transgressores, já nesse tempo, os homens reconheciam a conveniência de não deixar de cumprir a palavra empenhada (DAIBERT, 1980, p. 03).

Quanto ao patrimônio, na Grécia, aplicavam-se penas pecuniárias e o confisco de bens, além de castigos físicos, chegando inclusive à decapitação, especialmente nas rescisões ou inexecuções dos contratos. (RIZZARDO, 2005, p. 8)

A partir de Roma formaram-se o *jus civile* e o *jus civium romanorum*, culminando na *Lex duodecim Tabularum* (Lei das XII Tábuas), de onde se originaram a obrigação e o contrato, ao consignar a norma *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassi ita jus esto*³³. O vocábulo *nexum* exprime um elo, um contrato, decorrendo dele a obrigação no sentido de que o credor podia dispor do corpo de seu devedor, no caso de impontualidade ou inadimplemento (RIZZARDO, 2005, p. 08).

Mas foi o Direito Canônico que consolidou o contrato como lei entre as partes ao defender a validade e a força obrigatória da palavra conscientemente dada, atribuindo à obrigação assumida caráter moral e jurídico. Nesse período se enraíza o princípio do *pacta sunt servanda*, cujo descumprimento equivalia à mentira, considerada pela Igreja como pecado³⁴, pois a palavra dada e o dever de mantê-la

³² Sólon é considerado fundador da democracia e um dos sete sábios da Grécia Antiga, tendo sido governador de Atenas.

³³ Tradução: Quando alguém faz um juramento, contrato ou venda, anunciando isso oralmente em público, deverá cumprir sua promessa.

³⁴ As fortes raízes do dogma religioso do pecado quanto à palavra concedida explicam o porquê de, nos dias atuais, em termos de superendividamento, a vergonha ser um sentimento muito comum no devedor para admitir sua insolvência.

corporificavam o consenso acima de tudo (MARQUES, 2019, p. 40; COSTA, 2019, p.138).

A base teórico-filosófica do contrato clássico é encontrada no Direito Natural, pois, à luz das ideias de Kant, a pessoa humana se tornou um ente racional, fonte principal de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem. A vontade interna, manifestada sem vícios, revela-se como a verdadeira matriz do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações dele resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo Direito (MARQUES, 2019).

Na esteira do pensamento kantiano da ética da liberdade e do dever, Wieacker (1980, p. 280) afirma que a ideologia do jusnaturalismo inspirou a “paixão burguesa pela liberdade”, já que contratar seria uma das liberdades naturais do homem.

Quanto às teorias de ordem política e econômica, que também moldaram a concepção clássica de contrato, é preciso destacar a contribuição de Rousseau. Ele estabeleceu que a vida em uma sociedade politicamente organizada se opera por meio de um contrato. Nessa união de vontades (contrato) as pessoas atribuem autoridade ao Estado, revelando-se não apenas como obrigação contratual entre os sujeitos, mas também a base para a lei estatal. Em outras palavras, “o contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato” (MARQUES, 2019, p. 42).

O período que precede a Revolução Francesa foi o momento histórico em que se afirmou a teoria da autonomia da vontade, através da qual se proclamava a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as à própria lei, surgindo o célebre brocardo “o contrato faz lei entre as partes”.

O advento da Revolução Industrial ocasionou a expansão do comércio internacional, o aumento da riqueza da burguesia proporcionou maiores investimentos em técnicas e maquinários, alargaram-se os lucros em face da produtividade. Tal cenário foi propício para o apogeu da liberdade contratual como reflexo do pensamento jurídico e da filosofia política individualista. O contrato pressupunha a liberdade, podendo o Estado intervir somente para garantir sua execução.

Nesse período, a autonomia privada representava, mais do que tudo, a liberdade negocial, ou seja, a ampla liberdade de contratar, liberdade de escolher o que contratar, com quem contratar e como contratar. O preço dessa liberdade, no entanto, tinha como consequência a obrigatoriedade àquilo que tivesse contratado, ou seja, uma vez empenhada sua vontade através das cláusulas contratuais, estava obrigado a ela face o princípio

contratual do *pacta sunt servanda*, ou obrigatoriedade do contrato, não mais podendo se retratar se a outra parte assim não concordasse, haja vista a máxima de que “quem diz contrato, diz justo”, porque considerava que se as partes eram livres e iguais para contratar e o fizeram, certamente não o fizeram em prejuízo próprio, portanto, eram obrigados a se sujeitar aos efeitos do que tinham contratado (REIS, 2007, p. 2043).

Nesse período de intervenção mínima do Estado, a limitação à liberdade contratual estava no fato, e apenas nesses casos, de as convenções contrariarem normas de ordem pública e os bons costumes. Portanto, somente nestes casos é que as relações particulares sofriam alguma limitação.

No auge do liberalismo, no chamado Estado Moderno, ao Direito coube dar forma conceitual ao individualismo econômico, criando-se a concepção tradicional de contrato como instrumento para a livre circulação de riquezas na sociedade e, ao mesmo tempo, como indicador do valor de mercado de cada objeto (MARQUES, 2019)

A Revolução Industrial sedimentara o contrato como instrumento eficaz da economia capitalista em sua primeira fase. Assim, os códigos oitocentistas passaram a refletir a primazia da individualidade. Exemplo disso é o artigo 1.134 do Código Civil francês: “as convenções têm valor de lei entre as partes”.

No que se refere à positivação dessa ampla liberdade, o Código de Napoleão refletiu a necessidade de manter a monarquia e a nobreza afastadas do poder. Somente assim a burguesia, que ascendera a uma posição social muito melhor a partir de 1789, poderia permanecer no poder com certa estabilidade.

O lema da Revolução Francesa, constituído sob os auspícios da liberdade, da igualdade e fraternidade, disseminou-se através da promessa de que tanto a igualdade de direitos quanto a propriedade seriam garantidas a cada cidadão, porque a lei era para todos.

No modelo que se instaura a partir de então, não haveria suseranos nem vassallos, porque, pelo menos em tese, os bens eram acessíveis a qualquer pessoa, muito embora não se mencionasse o alto valor a ser pago por eles. Desse modo, a atividade legislativa deu-se no sentido de assegurar o exercício pleno da liberdade que supostamente estaria garantida pela codificação francesa do início do século XIX.

A estrita legalidade, e sua conseqüente segurança jurídica determinada pela previsibilidade, permitiu, então, o êxito da atividade econômica, uma vez que a

identificação antecipada das consequências dos riscos dessa atividade era previsível, protegendo assim o patrimônio.

Definida estava a supremacia da perspectiva patrimonial sobre a existencial quando da análise das relações jurídicas. Ergueram-se os pilares soberanos da engrenagem social: autonomia da vontade, igualdade formal e segurança jurídica (legalmente posta).

Isso porque os traumas do Absolutismo refletiram na norma jurídica, que passou a ser clara, precisa nas hipóteses de incidência e universal. O juiz, para garantir sua impessoalidade, desempenhava papel passivo. As sentenças decorriam de mero silogismo, cuja premissa maior era o imperativo hipotético do texto legal; a premissa menor, o fato; e a conclusão, a decisão (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2000).

Essa necessidade de fundamentar o Direito unicamente na lei reclamava a confecção de regras claras, abrangentes e precisas, de modo que as respostas a serem dadas pelo juiz eram presumidamente justas porque fundadas na lei.

Os códigos eram verdadeiros repositórios normativos, não havia espaço para a interpretação, subsumindo-se o fato ao previsto na lei. Afastada a discricionariedade judicial, as codificações consagraram a prevalência do poder econômico, tornando clara a compreensão de que o positivismo sempre foi a segurança do mais forte (CATALAN, 2013, p. 21).

O Estado Liberal trouxe em sua bagagem duas ficções conhecidas por todos. A primeira foi o mito de que o Direito emana do Estado e todos se sujeitam à autoridade da lei sem qualquer distinção. A outra ficção era que, sendo a lei do conhecimento de todos, a ninguém se concedia o privilégio de infringi-la sob o pretexto de desconhecê-la.

A segurança do mais forte, apesar da aparente igualdade, logo desvelou a disparidade socioeconômica inerente às relações existentes. O abismo entre as pessoas se fez cada vez maior, amparado no fato de que, nas relações negociais, o contrato (livremente pactuado) convertera-se em acordo definitivo a ser cumprido.

Como bem enfatiza Enzo Roppo (2009, p. 45-46), a liberdade de contratar significa “adquirir das classes antigas” (nobreza), frutificando a riqueza pela liberdade encontrada no comércio e na indústria.

A supremacia do contrato como representante da autonomia da vontade passa a integrar o senso comum imaginário, ou seja, a (ilusão) da igualdade perante a lei significava o idêntico (e mítico) tratamento por parte do legislador.

Com base nessa premissa, a população, até então cansada da opressão e da insignificância, foi arejada pela perspectiva de, ao menos na letra fria da lei, ser igual, após tantos séculos de discriminação pelos detentores dos títulos de nobreza e donos da riqueza.

Ainda não se falava em “pessoa”, mas sim indivíduo, ao senso egoísta do termo, justamente para repelir a ideia de que somente “certas pessoas” (nobreza e clero) eram protegidas. Diante dessa ilusão proporcionada pela igualdade formal, individualidades foram corroídas e a pessoa transformada em ente abstrato. Ao mesmo tempo, também se considerava indivíduo, portanto, distinto dos demais, aquele que detinha o poder e a riqueza e a capacidade de frutificação desses relevantes bens da esfera privada.

Nessa ambiência quimérica de igualdade entre todos, a pessoa se diluiu, passando à condição de célula da sociedade e, pior, uma célula igual a milhões de outras. A pessoa humana passa a ser concebida como sujeito de direitos, portanto, quando isso era efetivamente possível, porque na maioria das vezes, nem sujeito de direitos o era, especialmente quando não tinha propriedades.

Ao invés da liberdade, essa generalização promoveu desigualdade e exclusão social. Em um sistema jurídico composto por regras claras e precisas, tais regras, que pretensamente solucionavam todas as questões de regulamentação da vida social e jurídica, naturalmente consolidaram instrumentos garantidores de ascensão econômica. Como a economia era ligada ao poder, fácil perceber que o Direito Civil do século XIX, assim como de boa quadra do século XX, teve como um de seus pilares a manutenção da liberdade e a preservação da propriedade, heranças do poder político da burguesia revolucionária.

A lógica estritamente patrimonial foi a que passou a orientar a elaboração das grandes codificações, uma vez que a compreensão de que o contrato era negócio que interessava exclusivamente às partes, sua transcendência social e política muito pouco era realçada, reforçada pela constatação do valor atribuído à vontade, notadamente porque estabelecia um vínculo entre o *pacta sunt servanda* e o pecado (CATALAN, 2013).

Como reflexo percebe-se que o contrato, sendo o principal instrumento de circulação da propriedade, como já afirmado, era utilizado como mecanismo de preservação da propriedade (na acepção individualista do termo) e não como um meio de promover a dignidade da pessoa humana. Importava apenas o fato de as partes

negociantes terem liberdade de contratar nos termos da lei; uma vez fazendo isso, não lhes era lícito retroceder.

No entanto, drásticas transformações sociais e econômicas foram observadas ao longo do século XX e desafiaram o modelo liberal em que o Estado e o Direito permitiam o livre jogo de mercado, situação agravada pelas duas grandes Guerras Mundiais.

No Brasil, o Código de Beviláqua não deixou de seguir a mesma lógica e regulou intensamente as questões patrimoniais representadas sobretudo pela propriedade, pelo contrato, pelo direito das sucessões e de família. E ainda que tais institutos afetassem todas as pessoas, pelo menos em regra, tornou evidente que as não proprietárias não tiveram seus interesses e anseios contemplados.

Aos poucos, o quadro liberal e de estabilidade promovido pelo Código Civil de 1916 se deparou com conflitos sociais cujas respostas não possuía, e o código do Direito Privado foi perdendo sua centralidade. As lacunas abriram espaço a robusto contingente de leis extravagantes, destinadas a regular institutos novos surgidos com a veloz transformação da realidade.

O legislador brasileiro passou a intervir assistencialmente para proteger os mais fracos, o que culminou na crise da soberania da autonomia da vontade. Surgem então os microssistemas jurídicos que passaram a gerir institutos extraídos do Código Civil, tais como Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros.

Vale ressaltar que esses microssistemas não se limitaram a regular apenas o Direito Civil; consagrando cláusulas gerais, alçaram os efeitos a interesses socialmente relevantes, elegendo diretrizes e objetivos, expandindo-se também para as áreas do direito administrativo, penal, etc.

Instaurada a crise, operou-se a mudança: o legislador não se limitara a disciplinar as relações patrimoniais, previu igualmente deveres existenciais voltados à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Em tal cenário, a unicidade da Constituição brasileira foi consolidada. A aplicação dessas leis setoriais reafirmou a axiologia constitucional, de modo que o Código de Defesa do Consumidor deu vida, expressão e corpo à Constituição ao proteger os valores extrapatrimoniais do contratante vulnerável.

Na experiência brasileira, ao contrário de outros ordenamentos, o legislador não estabeleceu o conceito definitivo de contrato. Isso permitiu uma constante releitura e reinterpretação histórica de sua formulação pela doutrina, adaptando-o aos valores fundantes do ordenamento jurídico. Nesse processo evolutivo, fala-se da passagem da visão subjetiva do contrato, essencialmente individualista, para uma visão objetiva, tratando a convenção como norma de comportamento (TEPEDINO, 2020, p. 04).

É claro que o Código de 2002 manteve a liberdade de contratar, porém, como já examinado no segundo capítulo, em razão das intersecções entre o Direito Público e o Direito Privado, que determinou o processo de constitucionalização do Direito Privado, as convenções passaram a ter um conteúdo constitucional, embora firmadas entre particulares. Além disso, o fenômeno permitiu reconhecer os reflexos dos acordos na sociedade como um todo, ao considerar que as consequências reverberavam até mesmo nas pessoas não envolvidas diretamente nas convenções.

Justamente porque o conteúdo da avença derivava da vontade livre dos contratantes, a justiça da relação era presumida. A liberdade, portanto, “apresentava duas faces: uma a da autonomia; outra como instrumento legitimado para aproveitar-se de um dos contratantes em situação de vulnerabilidade” (COSTA, 2019, p.138).

Contemporaneamente, o princípio do consensualismo se mantém, mas atrelado à função social do contrato identificada pela distribuição proporcional das obrigações e vantagens (COSTA, 2019).

Por essa razão, as relações jurídicas de natureza patrimonial produzem reflexos pessoais e socioeconômicos, cuja essência é a satisfação dos interesses individuais. Porém, sempre com a mira na manutenção da dignidade humana, pois a função social passou a atuar, como integrante do conteúdo do próprio contrato, como limitadora da liberdade de contratar, na medida em que impôs a persecução dos fundamentos e objetivos da República.

Nessa direção, a atividade contratual desconstrói gradualmente a primazia da manifestação livre de vontade. Diante do momento social e econômico que se vive, a autonomia da vontade já não preserva a mesma relevância de outrora (TEPEDINO, 2020).

As transformações do Direito Civil ao longo do século XX, buscando se adaptar à tutela individual da liberdade com o atendimento aos direitos sociais, contribuem para a construção do conceito, que evolui cada vez mais na direção de dissociar a

relação contratual do mero acordo de vontades. A perspectiva funcional do contrato (para o que serve?) sobressaiu da análise meramente estrutural (como é?).

Assim, ainda que o contrato, como instrumento de autorregulamentação de interesses privados, continue tendo como fato gerador a autonomia da vontade, o objeto de atenção do intérprete deve contemplar também a sua função social (TEPEDINO, 2020).

Por isso, a noção de contrato que se adota neste trabalho não se destina à categorização pura do contrato ou até mesmo de um conceito imutável, mas sim à análise da sua função prático-social, somado à autonomia da vontade manifestada por pessoas livres e capazes. Adota-se o conceito concreto de pessoa humana, destinatária dos fins sociais que orientam o ordenamento jurídico brasileiro para, uma vez reconhecidas essas hipóteses concretas, identificar-se a aplicação das normas de direito contratual.

Não é mais o contrato vetor da realização patrimonial para que então se alcance êxito existencial; ao contrário, o contrato deve ser funcionalizado à tutela dos bens jurídicos diretamente ligados à dignidade humana.

Nesse sentido, leciona Pietro Perlingieri (2008, p. 122) que “é necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.

Ao se adotar esta sistemática metodológica, não se busca estender as teorias clássicas contratuais às situações existenciais porque estas não têm preço, conforme o fundamento de dignidade preceituado por Kant, em que coisas têm preços e pessoas têm valor. Partindo-se desse ponto, o contrato deve atender à dignidade da pessoa humana por ser esta um valor existencial que sobeja o patrimonial.

A teoria contemporânea passou a exigir que os contratantes satisfaçam seus interesses particulares, assim como promovam interesses extracontratuais socialmente dignos de tutela relacionados ao contrato (TERRA, GUEDES, 2017).

Diante da derrota da soberania do consensualismo nos pactos, a vontade como ponto de partida da avença contratual, sustentáculo da teoria clássica, perdeu espaço para o interesse social, que exige o equilíbrio das suas obrigações. Enquanto a regulação privada exprime a vontade das partes, a regulamentação estatal induz ao atendimento de interesses mais amplos, relativos à coletividade, retratada na justiça contratual, pois “se trata de evitar que la autonomía privada imponga su valoraciones

particulares a la sociedad; impedirle que invada territorios socialmente sensibles” (LORENZETTI, 1998).

A renovada postura estatal perante a sociedade iniciou um novo capítulo no dirigismo contratual, orientando as relações intersubjetivas para a promoção de justiça e equilíbrio. Superou a função meramente econômica assentada por séculos no individualismo, e emergiu como objetivo o alcance da função social.

A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinhará a própria função social, "tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados" por outros mecanismos. A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais (TERRA; GUEDES, 2017, p. 107).

A nova realidade, tendo como premissa o princípio da igualdade, descortinou novos contratos, não somente aqueles celebrados em um quadro de paridade (se é que existiram), nos quais, quiméricamente, as cláusulas eram discutidas igualmente nas tratativas preliminares.

O intenso volume de contratações, próprio da sociedade de consumo calcada em um sistema de produção e distribuição em massa, também promoveu substanciais alterações. A nova ordem fez surgir instrumentos jurídicos de contratação padronizados e por adesão, caracterizados especialmente por condições gerais e cláusulas genéricas impostas pela parte mais poderosa. Como consequência, surge a standardização dos contratos, reflexo da racionalização, praticidade e até mesmo economia, de modo a suprir a massificação de contratos.

Cláudia Lima Marques (2019, p. 49) assevera que alguns doutrinadores compararam as predisposições do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados. A autora acentua que tal proceder desequilibra a sociedade ao ponto de dividir as pessoas entre aquelas que detêm o poder negocial de elaborar a *lex privada*, e aquelas que apenas aderem à vontade manifestada pelo outro contratante (MARQUES, 2019, p. 49).

Nessa conjuntura, claramente a liberdade de contratar não significa exercício da autonomia, tendo em vista que muito pouco o contratante hipossuficiente interfere na relação negocial; isto é, ou adere às condições apresentadas, ou se priva do objeto almejado que só pode ser adquirido pelo contrato.

Também é de se destacar o dirigismo contratual interpartes, isto é, a predisposição das cláusulas que domina o setor privado, no qual a dialética da negociação simplesmente é anulada. Não é por outro motivo que o conteúdo das cláusulas deve ser submetido ao filtro dos interesses socialmente relevantes, já que essa nova maneira de contratar é inerente ao atual sistema de produção e distribuição massificadas.

O risco, portanto, é bastante alto para o contratante. Ele apenas anui à vontade do mais poderoso, pois sua concordância é descolada da compreensão das condições do negócio, estampadas ao longo de inúmeras cláusulas que nem sempre são compreendidas. Só lhe resta depositar a confiança nos elaboradores do contrato, esperançoso de alcançar suas expectativas e de que, em caso de alguma divergência, haverá a lei para amparar seus direitos.

A imposição de normas cogentes, portanto, é indispensável nesse universo de posições tão assimétricas, a fim de evitar que o consumidor seja submetido a situações de desvantagem exagerada oriundas de cláusulas abusivas.

Por tudo quanto analisado até aqui relativamente ao idoso, que acumula a fragilidade da idade com a vulnerabilidade do mundo consumerista, é notável que o modelo liberal de contrato, que tem a liberdade de contratar como fonte criadora de direitos e obrigações, já não reflita a realidade.

Como já afirmado, a elaboração de cláusulas unilaterais não se dissocia da tendência que o contratante mais poderoso tem de redigi-las de modo mais vantajoso para si, mitigando seus riscos pela aceitação das condições apresentadas, fruto de informações insuficientes, confusas ou subliminares a respeito das operações financeiras.

Atualmente o regime das relações privadas está prefigurado pela Constituição, condicionando o contrato à promoção das comutações capitais em seu conteúdo. Isso suscita questões mais prementes relativamente à limitação da autonomia privada e sua liberdade de ação. Não significa que os interesses envolvidos sejam considerados necessariamente contrapostos, essa visão antagônica e dicotômica deve ser superada. Nesse compasso, cada uma das partes tem igual direito de tê-los protegidos, o que deverá ser realizado pela harmonização do conteúdo das estipulações contratuais e ajustes recíprocos.

Assim, a evolução histórica demonstra a superação do dogma da autonomia da vontade como premissa de validade dos contratos. Esta adquire papel residual em face do verdadeiro equilíbrio contratual, reflexo da publicização do Direito Privado.

Por absoluta falta de espaço para discorrer acerca do universo legislativo brasileiro de proteção aos vulneráveis, delimita-se o presente trabalho à adoção dos preceitos de dimensão social encontrados no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, que, harmonizados, responderão mais eficazmente aos fins almejados pela Constituição Federal.

Como se trata da proteção do idoso na rápida e tecnológica sociedade de crédito e consumo contemporânea, é imprescindível que sua vulnerabilidade agravada legitime proteção mais rigorosa, para ser concretizada pelas medidas de proteção asseguradas pela Política Nacional de Proteção ao Idoso sob a égide, em termos de contratos, das normas consumeristas. Para tanto, adota-se a teoria do diálogo das fontes, capitaneada por Cláudia Lima Marques³⁵, uma vez que o Código do Consumidor menciona expressamente a proteção especial que lhe é conferida em face do assédio de consumo.

O assédio ocorre porque, nas últimas décadas, os idosos revelaram-se como um segmento bastante expressivo e promissor na tomada do crédito, e sua importância vem aumentando. Em 2009, 64,1% deles no Brasil eram arrimos de família, contribuindo com 52,9% da renda familiar. Em 2012, a tradicional relação de dependência apontada na literatura inverteu-se: para um contingente de 23 milhões de pessoas idosas (12,6% da população nacional), em 6,5 milhões de famílias nas quais o idoso era o chefe, encontravam-se filhos adultos com eles residindo, e 2,2 milhões de netos. Esse cenário tornou os idosos os novos consumidores (MARQUES, 2017).

Assim, considerando-se que o mercado direcionou a esse público principalmente os créditos consignados, transformando-os em consumidores, e sendo o Código de Defesa do Consumidor o estatuto protetivo das relações de consumo, a busca da efetividade de sua dignidade orienta-se pela aplicação dos princípios constitucionais, aplicáveis àqueles que, por definição do Estatuto do Idoso, são considerados especialmente vulneráveis.

³⁵ Conforme anteriormente esposado, a teoria do diálogo das fontes, oriunda do direito alemão, foi introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques, sendo fartamente citada pela jurisprudência brasileira a fim de permitir a aplicação simultânea das normas relativas ao idoso consumidor.

Aliás, como decorrência da metodologia do diálogo das fontes, em face do pluralismo legislativo, a conjunção de preceitos existentes na Lei 8.078/90 e na Lei 10.741/ 2003, adota-se nesta tese o conceito de vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Por meio dessa metodologia, encontram-se mecanismos mais eficazes de proteção.

O diálogo das fontes é também a metodologia mais adequada para consolidar a força normativa da Constituição (HESSE, 1991), aproximando-a da realidade dos fatos e imprimindo concretude à pessoa humana (ainda considerada abstratamente), pois que se revela como instrumento de realização da interpretação conforme a Constituição (HESSE, 1991).

Nessa trilha, a renovação da teoria contratual se justifica porque os contornos constitucionais atribuem ao contrato o cumprimento de sua respectiva função social, a ela condicionando os interesses individuais. O Código Civil assegura a liberdade de contratar, mas exercida em razão e nos limites da função social do contrato, prevendo, inclusive, nulidade de qualquer convenção que contrarie tais preceitos. (AQUINO JÚNIOR, 2019)

O idoso submetido a esta “homogeneização de condutas nos processos de contratação” é cada vez “menos original na conformação da autonomia privada” (LORENZETTI, 1995, p. 19) e precisa de tutela eficiente a fim de que a liberdade humana seja uma possibilidade real, e não uma ilusão ou utopia.

A discriminação fica evidenciada quando se analisa o grau de dificuldade que o idoso tem para contratar seguro de vida, fato que se contrapõe à facilidade para contratar empréstimo consignado. Nessa modalidade, o risco financeiro é deslocado para a pessoa idosa, desonerando o fornecedor do crédito, por isso que, alavancada pelo assédio de crédito, deságua no superendividamento.

Dessa forma, contratar com isonomia substancial, para o idoso, significa, em sua essência, assegurar-lhe autonomia e pleno exercício de suas liberdades, não sendo suficiente a mera formalidade jurídica. Conseqüentemente, ainda há muito a fazer para conscientizar a sociedade quanto ao seu papel na concretização da dignidade na velhice.

A autonomia privada impõe deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, revelando seu conteúdo positivo ao vincular o dever de responsabilidade social à liberdade contratual.

Nessa ambiência de produção intensa, mercado globalizado e milhares de operações financeiras, o que se propõe é o respeito à autonomia privada sem mantê-la no pedestal, controlando-se as forças de produção e o próprio mercado a partir desses valores, e não que estes venham a emoldurar a doutrina contratual.

Mais uma vez, como se tem defendido, atendo-se à concepção de pessoa humana concreta, com valor individual integrado ao todo, o controle positivo e negativo da autonomia privada impede que a atividade contratual seja estandardizada, sem refletir efetivamente os interesses envolvidos.

A tutela da personalidade a partir da visão patrimonial se mostra incompatível com os valores constitucionais de valorização da pessoa humana, e esta como fonte de todos os demais valores.

As diretivas constitucionais não são meros conselhos, são construções permanentes para o alcance da justiça social e o equilíbrio contratual, contemplando os interesses individuais e coletivos. Especialmente em situações de vulnerabilidade, esmoreceu a tutela individual em defesa de uma nova ordem pública coerente com os fundamentos declarados em seu artigo 1º para o alcance dos objetivos fundamentais (art. 3º) da República.

Os princípios contratuais da boa-fé objetiva e função social do contrato, próprios do Estado Democrático de Direito, serão analisados na sequência. Dada a sua natureza, devem ser harmonizados com os clássicos princípios da autonomia privada, *pacta sunt servanda* e relatividade, ou, em caso de colisão, preponderar sobre estes, tendo em vista a nítida opção do intuito constitucional pela justiça social, claramente estampada como objetivo no artigo 3º da Constituição.

Tendo em vista que a liberdade dos privados é delimitada pelos valores constitucionais que devem ser integrados aos preceitos civis na legalidade civil-constitucional, na sequência se analisará os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato e o modo como tutelam, nas relações negociais, os interesses dos vulneráveis idosos.

4.2 A oxigenação dos princípios contratuais clássicos pela boa-fé objetiva e a função social do contrato: novas premissas para as relações negociais privadas

A vida jurídica flui a partir dos imperativos constitucionais. Cada vez mais se concretizam relações solidárias entre as pessoas que resguardem a dignidade por meio do desenvolvimento das potencialidades humanas, assim como de todo o grupo social.

A personalidade tem relevância jurídica na avaliação material do interesse merecedor de concretização, destinado a modificar a maior parte dos institutos jurídicos, mudando a sua função (PERLINGIERI, 2008). A exigência do livre desenvolvimento da personalidade incide sobre a noção de ordem pública, sobre os limites e função da autonomia negocial, sobre a interpretação dos atos por meio dos quais se manifesta, sobre as configurações das relações patrimoniais, em suma, incide sobre toda a organização da vida em sociedade (PERLINGIERI, 2008).

Corroída a base dogmática fundada na primazia da vontade, o contrato ganha nova dimensão ao albergar uma extensão social, diluindo as limitações impostas pela esfera jurídica das partes contratantes.

Assim, a concepção moderna de contrato, antes fundada na liberdade dos privados, exige uma leitura simultânea de sincronicidade da relação interna das partes, sua inserção no contexto do mercado e o alcance de valores sociais. Uma vez coordenados todos esses elementos, ainda é preciso harmonizá-los com o todo.

As partes contratantes somente têm condições de concretizar as expectativas que as levaram a contratar se houver um agir probó, transparente, que descortine toda a processualidade³⁶ do contrato.

Para tanto, o equilíbrio informativo ganha especial relevo, uma vez que as partes contratantes devem cooperar entre si, abandonando a antagônica dicotomia e convergindo seus interesses através do diálogo.

O silêncio informativo da fase dos contratos massificados deve ser substituído pela contratação informada em toda a sua extensão. Trilhando esse caminho, mais factível torna-se a teoria contemporânea, migrando dos códigos e estatutos para a vida real.

³⁶ O termo é empregado no sentido de abranger as ações desenvolvidas na fase pré-contratual, na execução do contrato, bem como na fase pós-contratual, isto é, processo como sucessão de etapas.

A informação tornou-se, portanto, um dos elementos do contrato, pois o déficit informacional reflete diretamente na liberdade contratual e impede que as escolhas sejam feitas com base no próprio desenvolvimento humano. Ausente a autonomia, distante a realização da dignidade da pessoa no contrato.

Esse caminho a trilhar passa pela observância de determinados deveres para além da obrigação imediata que é seu cumprimento, entendimento que, há até pouco tempo, era dominante. Tais deveres serão abordados na sequência do capítulo, sendo necessário analisar, neste momento, os princípios mais caros ao tema da pesquisa.

A análise abordará os princípios sociais do contrato presentes no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, cujos fundamentos encontram lastro na Constituição. São eles a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Comumente, a boa-fé objetiva se restringe ao âmbito do negócio jurídico, revelando-se como regra de comportamento que vincula os contratantes. Deve ser observada tanto no momento da celebração quanto da execução, sendo ainda exigível após a extinção do contrato.

O princípio da função social do contrato, por sua vez, possui elementos extrínsecos. Ele traduz o privilégio dos interesses sociais sobre os individuais, mas não de forma excludente e sim complementar, priorizando-se a repercussão do contrato no tecido social.

Seguindo-se a linha de que o contrato não é mais questão meramente individual, e sim instituição social que repercute além da seara dos contratantes, há um “novo espírito contratual” ligado ao “princípio da socialidade”, que impõe aos contratantes a atuação com diligência e boa-fé, comportamentos que não têm fundamento no contrato (LORENZETTI, 2009, p. 30).

Partindo-se da premissa de que justo é o contrato que, amparado no primado da boa-fé, exerça a função social almejada pela Constituição, equacionando os poderes dos contratantes, e para que seja possível uma análise mais didática do tema, primeiramente analisar-se-á o interior, por assim dizer, da relação contratual e os preceitos que se sujeitam ao princípio da boa-fé objetiva. Então, com base nos conceitos lançados, analisar-se-á de forma mais acurada os efeitos produzidos na esfera social e aferir a relevância do atendimento à função social.

Estabelecidos os traços mais emblemáticos do contrato de adesão, no qual se evidencia a disparidade negocial entre as partes com a incontornável preponderância do predisponente sobre o aderente, a promoção dos direitos

fundamentais relacionados ao idoso na esfera contratual configura-se como interesse máximo, merecedor de proteção que influencie na formação dinâmica dessa espécie contratual.

Nesse caso, o predisponente se vale do poder econômico e negocial para impor as condições que mais irão ao encontro de seus interesses, fruto de uma reflexão prévia e alicerçada na experiência de sua atividade organizada. Do outro lado está o idoso, que realiza uma ação normalmente avulsa, confiante nas condições que lhe são apresentadas.

Nessa esteira, o respeito à personalidade e seu livre desenvolvimento incide sobre a noção de ordem pública e, conseqüentemente, sobre a função da autonomia negocial, assim como sobre a interpretação dos atos através dos quais se manifesta. Revela assim que, a despeito das relações patrimoniais ocuparem o primeiro lugar no âmbito do direito contratual, os interesses existenciais recebem uma tutela indireta (PERLINGIERI, 2008).

Significa, portanto, afirmar que não se pode mais dissociar os interesses existenciais dos patrimoniais quando se respeite a iniciativa privada econômica, já que esta é composta tanto pelo ato concreto singular quanto a sequência desses atos entendidos unitariamente, submetendo-os a um juízo de valor por parte do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2008).

Nesse sentido, o arbítrio do titular deve se conciliar com o princípio de tutela da pessoa como premissa da ordem pública constitucional, e por isso não se pode considerar simplesmente livre, em via arbitrária ou exclusiva, de exercer seus direitos individuais.

Nesse cenário do direito contratual, como já afirmado, a boa-fé exerce uma função limitadora de direitos subjetivos (e não a sua anulação). Por essa razão, é necessário analisar o princípio da autonomia privada emoldurado pelos contornos da boa-fé.

Adotando-se a óptica kantiana, os direitos subjetivos das partes contratantes devem resguardar interesses existenciais no sentido de assegurar autonomia suficiente para se autorregularem. Como consequência, resguardarão também interesses de terceiros ao se aplicar os imperativos categóricos e criar uma legislação universal.

Tendo por marco regulador a dignidade da pessoa humana, Kant, ao sistematizar a criação de uma lei universal a partir da separação das diferenças

personais, consagrou diretrizes para um conjunto global ou universal de regras, presente na vontade de todos os seres racionais, portanto, próprio da pessoa humana.

Por meio da óptica kantiana, essa vontade subjetiva seria livre de vícios se submetida à filtragem dos imperativos categóricos. Por se tratar de uma lei desejada para si próprio assim como aos demais seres humanos, impunha o cumprimento de todas as obrigações por ele firmadas, limitando-se pela observância da lei.

No entanto, na vigência do Estado Liberal, o poder de se reger conforme a própria vontade passou a integrar a ideia de liberdade: cada um é o melhor juiz de seus interesses, pois a autonomia da vontade, cuja natureza era subjetiva, traduzia-se na busca dos desejos pessoais. Isso gerou consequências nefastas, como já se analisou.

A declaração de vontade era conduzida pela mão do mercado na proteção máxima da liberdade, subentendida como liberdade econômica, e igualdade formal, ambas a regular relações especialmente patrimoniais. Por esse motivo, o subjetivismo foi transformando a realidade, exigindo a alteração do foco que, paulatinamente, foi substituído por uma concepção mais objetiva. Analisava-se a exteriorização da conduta, e não mais apenas o querer, alcançando a objetividade relevância jurídica.

De outro vértice, o Direito se distanciou da denominada autonomia da vontade, empregada no sentido individualista, para consolidar a autonomia privada, fundamentada na ordem constitucional, alcançando relevância a declaração dada pelo sujeito, agora renovada, reconstruída.

As constituições vigentes no Estado Democrático de Direito passaram a regular a ordem social e econômica sob o paradigma principiológico de proteção da pessoa, titular da tutela jurídica central.

Nesse processo de construção da igualdade no plano material, que, na afirmação de Perlingieri (2008, p. 14), é “a tentativa de conjugar a legalidade e justiça social”, o exercício da autonomia privada adquiriu novo contorno, legitimando a intervenção estatal nas relações entre particulares e estreitando a dicotomia entre o Direito Público e o Privado.

Assim, o aspecto objetivo e exterior da conduta humana e os respectivos reflexos sociais têm relevância para afastar ou contrapor interesses exclusivamente pessoais. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro, para além do romantismo jurídico, adota o dever de agir com boa-fé como impositivo a todos os contratantes, resultado

da constatação de que o aparato coercitivo se torna imprescindível para orientar os desleais e desonestos a agirem como se não o fossem³⁷.

É imprescindível, pois, analisar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Partindo-se da relação contratual com as características peculiares do vínculo envolvendo as partes, em um primeiro momento analisar-se-á a conduta objetiva destas, cujos comportamentos devem se conformar à lealdade, honestidade e colaboração para o alcance dos fins perseguidos na relação obrigacional. Em um segundo momento, os efeitos socialmente relevantes que o contrato ocasiona no tecido social serão objeto de análise. Esse tema se configura ainda enigmático por fatores históricos intensamente arraigados à cultura jurídica brasileira, e por isso ainda é bastante polêmico.

Como já mencionado, no século passado percebeu-se que, embora tenha havido um reconhecimento de direitos com a ampliação do rol de direitos concedidos, em razão dos jogos de poder na sociedade, os instrumentos de efetivação não eram suficientes para lhes dar eficácia. Essa concorrência de forças retratava o profundo desequilíbrio nas relações jurídicas e foi a mola propulsora das atividades legislativas para criar os meios de proteção do mais fraco, a serem aplicados ao caso concreto pelos tribunais. E isso foi necessário em plena vigência do Estado de Direito, caracterizado por partes declaradamente livres e com plena capacidade jurídica de contratar e de se determinar, titulares de direitos “iguais”.

Percebe-se, então, um movimento no sentido de minorar a desigualdade para que se subvertesse a formalidade da regra, a fim de alcançar igualdade material. A construção dessa nova perspectiva de igualdade foi ganhando consistência com a proteção especial das pessoas desiguais, considerando-se a sua situação existencial para além da tradicional acepção patrimonial.

Mais uma vez, aqui, é de se ressaltar que a metodologia civil-constitucional tem contribuído intensamente com a interação entre o Direito Privado e as mudanças sociais, de modo que a reflexão sobre “para que” e “a quem” serve o Direito (BOBBIO, 2007) aproxime-se ainda mais da realidade almejada pela Constituição.

³⁷ Com a adoção do princípio da boa-fé objetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, comprova-se que para o Direito é irrelevante, como regra, o que as pessoas sentem quando em jogo interesses contrapostos, o que se verifica comumente na esfera contratual. O interesse tutelado, como já se afirmou, abrange também os reflexos sociais.

É no contrato que a maioria das relações obrigacionais se materializa. A partir desse pressuposto, facilmente se infere que as relações contratuais também sofreram o influxo do aprimoramento do Direito, evoluindo o contrato em semelhante perspectiva, já que expressa e reflete um dado momento histórico-cultural novo (PERLINGIERI, 2008).

Sendo assim, os princípios sociais do contrato, ainda que não figurem explicitamente nos dispositivos constitucionais, alicerçam o Estado Democrático de Direito, que se entende vigorar no Brasil, pois é possível reconhecer ao longo do texto supedâneos que esteiam a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual. Exemplo disso é o alinhamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV), justiça social (artigos 3º, inciso I e 170, *caput*), da solidariedade (artigo 3º, inciso I), da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII, e artigo 170, III) e a defesa do consumidor (artigos 5ª, inciso XXXII e 170, inciso V) e do idoso (artigo 230).

Esse conjunto de princípios modela o direito contratual da atualidade, orientado muito mais para a realização de interesses comuns pela via da solidariedade social, que, por sua vez, dá suporte ao princípio da boa-fé objetiva. Este, integrado à justiça contratual e à redução das desigualdades contratuais, dá sustentação ao princípio da igualdade que, sob a filtragem constitucional, é substancial (e não mais apenas formal).

Por esse motivo, “justo será o contrato que, fundado no primado da boa-fé, exerça função social e equacione equilíbrio entre os poderes das partes contratantes” (ANDRADE, 2019, p. 312).

A boa-fé possui significado multifacetado. Nem sempre significa o mesmo fenômeno jurídico, pois ora é utilizada como princípio, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como *standard* jurídico e regra de comportamento, ou ainda, na acepção subjetiva, como crença ou estado de ignorância (MARTINS-COSTA, 2018, p.41).

O ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, isto é, não atrelada a individualidades concebidas *in abstracto*, mas de pessoas contextualizadas em face de suas peculiaridades circunstanciais. O Código Civil confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, adotando-se na nova óptica normativa “a plenitude ético-jurídica do ordenamento” (THEODORO JUNIOR, 2003, p. XII). Dessa maneira, o Código é um conjunto

harmônico e sistematizado de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios como o da equidade, da boa-fé, de correção (THEODORO JUNIOR, 2003).

No Brasil, a boa-fé objetiva recebeu grande impulso prático com o artigo 422 do Código Civil, não significando, entretanto, que antes disso já não houvesse previsão legislativa. A rigor, a boa-fé objetiva como referencial hermenêutico já estava presente no Código Comercial brasileiro de 1850. Todavia, não havia a imposição de deveres laterais, razão pela qual “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos Tribunais” (AGUIAR JÚNIOR, 1995. p. 21).

A cultura jurídica brasileira, intensamente influenciada pelo pensamento iluminista, refletiu a acentuada preocupação com a segurança jurídica e a completude do texto legal. O Código Civil de 1916 manteve-se omissivo quanto à boa-fé objetiva em âmbito obrigacional, fazendo menção a ela apenas no contrato de seguro³⁸. Por outro lado, já a boa-fé subjetiva, consistente em uma situação psicológica, era muito presente no Código³⁹, como derivação de um estado de ignorância do sujeito quanto a uma determinada situação. Exemplo clássico é o do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse.

Nesse cenário, por regência do Código Civil de 1916, e até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a expressão boa-fé era utilizada pelos tribunais em sua acepção exclusivamente subjetiva, isto é, a indicar o estado psicológico do sujeito desprovido de malícia ou predisposto a agir de certa forma porque em consonância com o Direito. (TEPEDINO, 2015, p. 45)

A consagração da boa-fé objetiva é alcançada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), referindo-a ora como princípio fundante da política nacional das relações de consumo e orientador de condutas (art. 4, III)⁴⁰, ora como

³⁸ Art. 1443. “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

³⁹ O referencial hermenêutico da boa-fé já estava previsto no artigo 131 do Código Comercial de 1850, que dispunha: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1.a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer a rigorosa e estrita significação das palavras. [...] 4. O uso, a prática geralmente observada no comércio e nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”.

⁴⁰ Artigo 4º: “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência 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

cláusula geral norteadora dos contratos de consumo (art. 51)⁴¹. É possível dizer que tais previsões legislativas foram, em grande parte, responsáveis pelo ressurgimento da boa-fé no cenário jurídico brasileiro, impulsionando estudos para viabilizar sua aplicação concreta.

Inobstante o Código de Defesa do Consumidor relançar a boa-fé no plano contratual, a sua disciplina não poderia se limitar apenas às relações abrangidas por aquele Código. Sendo de tal envergadura, todas as relações contratuais deveriam também respeitá-la.

Assim, a boa-fé ganha dimensão mais ampla com o Código Civil de 2002, considerando sua grande aplicação. Além de estar abrangida em todos os livros do Código Civil, igualmente outros ramos do Direito a contemplaram, como o do consumidor e o Direito Público, como é o caso de sua integração ao princípio da moralidade nos contratos administrativos.

Em que pese a boa-fé objetiva não estar expressamente referida na Constituição Federal, tem assentada sua fonte constitucional por derivação do princípio da solidariedade previsto no artigo 3º. Nessa vertente, a falta de referência expressa não lhe retira a importância sistêmica e eficácia legal, uma vez que “os princípios jurídicos podem ser expressos ou implícitos, não sendo mais importantes aqueles do que estes” (NALIN, 2008, p. 130).

Embora seja considerado pela doutrina majoritária como um princípio único, é inegável a sua ambivalência, como já se analisou antes. Faz-se necessário apenas enfatizar que a boa-fé objetiva é aferível a partir de comportamentos externos, ao passo que a boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos e psicológicos do indivíduo.

Embora não seja alvo de pesquisa neste trabalho, importante mencionar que, sob a perspectiva subjetivista da boa-fé, Judith Martins-Costa (2018, p. 279-280) afirma que é o estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar alguém, em face da crença legítima na juridicidade de atos, comportamentos e fatos, ignorância, portanto, escusável.

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”.

⁴¹ “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”.

Assim como a dignidade da pessoa humana dificilmente é conceituada, conforme verificado por inúmeros doutrinadores, também a boa-fé objetiva se revela tecnicamente impossível de ser definida, pois seu conteúdo é sempre relacional aos demais dados do contexto, indicando relacionalmente as condutas que lhe são conformes (MARTINS-COSTA, 2018).

Quando a boa-fé é adjetivada como “objetiva” ou “obrigacional”, aponta um modelo de comportamento e se revela como estrutura normativa dotada de prescritividade, além de se constituir como cânone de interpretação dos contratos (MARTINS-COSTA, 2018).

A boa-fé objetiva é um princípio que condiciona comportamentos a valores éticos-jurídicos de probidade, honestidade, lealdade e de consideração quanto às legítimas expectativas do parceiro contratual (MARTINS-COSTA, 2018).

Com base na autora, é possível afirmar que sua vertente objetiva complementa a noção de boa-fé subjetiva. Além do móvel íntimo, ela se consubstancia em um modelo ético de conduta (retidão, lealdade) a ser respeitado pelos sujeitos da relação jurídica, sendo observada até mesmo antes da celebração e após a extinção dos pactos (MARTINS-COSTA, 2018). Significa, portanto, que o esgotamento do contrato não ocorre apenas com a satisfação da obrigação principal de dar, fazer ou não fazer.

Por outro lado (o que será objeto de análise em momento próximo), além do dever principal de agir com lealdade e respeito, a boa-fé objetiva também desencadeia deveres anexos ou de proteção, igualmente relevantes, que são lealdade e confiança, informação, entre outros. Tais deveres, é importante ressaltar, inspiram todos os envolvidos na relação contratual, pois envolvem a legítima expectativa dos interesses envolvidos na obrigação assumida.

A boa-fé objetiva é uma atuação “refletida”, uma atuação pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, assim como aos seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos. É agir com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o com o cuidado de não lhe causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes (MARQUES, 2002).

Embora possua cunho jurídico, a boa-fé tem em sua essência a empatia, pois induz o respeito às expectativas do outro, extravasando a esfera individual e

assumindo, também, a solidariedade como característica quanto ao respeito ao direito alheio.

Nessa vertente, o artigo 187⁴² do Código Civil promoveu grande impacto nas relações privadas. Através dele, a boa-fé é içada a preceito de licitude ou ilicitude no exercício dos direitos em geral, e não apenas em relações contratuais.

O Código Civil, em relação aos negócios jurídicos, em dispositivo que não encontra correspondência na legislação antecedente, determina que ao lado dos requisitos de validade dos negócios jurídicos (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), a sua interpretação seja realizada nos moldes da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração (artigo 113).

No âmbito contratual, o aspecto objetivo da boa-fé adquiriu vulto especial. Essa é a vertente a ser investigada neste estudo, isto é, as regras objetivas de lealdade têm o atributo de criar expectativas legítimas coordenadas com a nova visão do contrato, instrumento de realização econômica no bojo de uma relação equilibrada pela justiça e solidariedade. Somente quando a conduta subjetiva é orientada por esse comportamento paradigmático, a relação é digna de tutela jurídica (TEPEDINO, 2020).

Por fim, e mais especificamente atento ao tema, o artigo 422 impõe aos contratantes uma espécie de “processo contratual”, tendo como cerne o dever de agir em consonância com os princípios da boa-fé e probidade, tanto na conclusão quanto na execução dos contratos. Esse é um dos artigos de maior ressonância na relação negocial, pois as partes, ao se ligarem mediante um contrato, estão compromissadas a pautar sua autonomia e liberdade pela lealdade e confiança.

O exame mais particular dos contratos de crédito consignado envolvendo idosos realça a importância da integração do referido artigo com o Código de Defesa do Consumidor, que traz expressamente a responsabilidade pelas condutas na fase pré-contratual.

Nessa trinca de artigos, conforme Teresa Negreiros (2006, p. 221-223), estão delineadas as três funcionalidades da boa-fé objetiva: I) cânone interpretativo-integrativo do contrato (art. 113); II) fonte normativa de deveres jurídicos (art. 422) e III) e fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas (art. 187).

⁴² Artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Na primeira função, a boa-fé objetiva referencia sua natureza hermenêutica-integrativa para que se alcance a finalidade comum no contrato, repelindo-se vantagens de uma parte em detrimento da outra. Em outras palavras, a premissa é de que ambas as partes celebraram o contrato de boa-fé, portanto, o sentido das cláusulas contratuais sempre deve ser norteado pela boa-fé.

Há, portanto, dois desdobramentos para a função interpretativa da boa-fé: primeiro, que os contratos devem ser interpretados conforme seu sentido objetivo e aparente; segundo, no caso de dúvidas, prioriza-se o significado mais razoável proporcionado pela boa-fé (NEGREIROS, 2006, p. 221-223).

Nessa ambiência, a melhor linha de interpretação do contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permitirá uma visão total e real do contrato em comento (MARQUES, 2002, p. 51).

Além de atuar como cânone interpretativo e de colmatação, a complexidade da relação obrigacional extrapola a singular análise de uma situação de crédito ou débito. É uma situação em que se analisa a complexidade intraobrigacional, já que as partes desenvolvem verdadeira relação de cooperação no bojo do contrato.

Diante da peculiaridade de cada regulamento contratual, despontam inúmeros deveres correlatos, dentre os quais se destacam a lealdade, transparência, honestidade e informação, todos consentâneos à fonte criadora que a boa-fé representa. É relevante mencionar que o dever de informação não é ilimitado, pois deve se cingir ao objeto do contrato, vinculando-se “à otimização do desempenho das obrigações assumidas pelo contratante” (TEPEDINO, 2015, p. 49).

Em face da relevância que o princípio adquire no contrato de crédito consignado envolvendo o idoso, os deveres anexos têm papel decisivo na concreção das legítimas expectativas das partes e no alcance efetivo da justiça contratual. Neste momento, faz-se apenas esta breve menção, pois serão analisados no tópico subsequente com a profundidade necessária ao desenvolvimento do tema.

Por fim, no que tange à atribuição de limite negativo ao exercício de direitos, a função da boa-fé também se revela como impedimento ao exercício irregular ou abusivo das posições contratuais.

Assim, importa destacar, inicialmente, que o artigo 187 do Código Civil consigna que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). Ao mesmo tempo que a autonomia privada

fornece elementos de autorregulação dos direitos dos contratantes, esses mesmos direitos têm relevância para a coletividade, de modo que não podem ser exercidos sem considerar essa função social.

Extrai-se dessa acepção que, se o Direito sofreu um processo de funcionalização, não se pode tutelar o exercício de um direito com fins contrários aos previstos, daí servindo a boa-fé de parâmetro para esse exame.

Diante da ordem contratual contemporânea, por conseguinte, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito se integram e complementam.

Operando aquela [a boa-fé] como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica (NEGREIROS, 2006, p. 233).

Noronha (1994, p. 172-173), semelhantemente, chega à conclusão de que o abuso de direito pode ser aferido a partir da boa-fé, pois que se exige de cada parte o uso moderado de seus direitos, e a discricionariedade concedida aos particulares será limitada por ela.

Nesse caso, a boa-fé direciona parâmetros de “como” o contrato deverá ser cumprido, assim como promove o ajustamento do conteúdo contratual, notadamente, mas não exclusivamente, nos contratos de adesão.

Analisando-se as três funções do princípio, abre-se um largo horizonte de funcionalidades, sendo necessário, por absoluta falta de espaço, fazer um recorte no trabalho. Para tanto, adota-se como norte, para a sua concretização, a atuação da boa-fé objetiva como balizadora de parâmetros de comportamento na fase pré-contratual, que será analisada mais detidamente no subtítulo.

Por tudo quanto exposto, percebe-se que se enalteceu a autonomia privada a ponto de torna-la óbice à concretização do justo, atingido apenas pelo impostergável equilíbrio contratual, a ser aferido já em fase preliminar, uma vez que a irradiação de seus efeitos também aí se origina.

A atualidade torna inafastável a percepção da necessidade de se ponderar o valor das manifestações de vontade balizadas pela isonomia, agregando-se outros valores além da liberdade para que a direção do reequilíbrio das obrigações seja mantida.

Antes de se abordar a função social do contrato propriamente, é necessário incursionar pela relatividade dos contratos, considerada um dos princípios basilares não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também nos demais ordenamentos de tradição romano-germânica.

A despeito de a relatividade dos contratos não ter previsão legal no ordenamento brasileiro, o princípio decorre de construção doutrinária pela extração, a *contrario sensu*, do artigo 928 do Código Civil de 1916: “a obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim, entre as partes, como entre seus herdeiros” (BRASIL, 1916).

A partir dessa perspectiva, Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 15-16), ressaltando que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o princípio da relatividade, define-o como relativo às partes; isto é, os efeitos do contrato atingem somente as partes pactuantes, excluindo-se aqueles que não tenham interferido diretamente na relação contratual. Aduz o autor que o princípio da relatividade contém uma regra que “impõe a intangibilidade da esfera jurídica individual, que não pode ser modificada através de um negócio a ele estranho. [...] tem, portanto, como função limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes” (PEREIRA, 2016, p. 16).

A observância desse princípio implica restringir os efeitos do contrato apenas às partes envolvidas, já que resulta de um acordo de vontades com a finalidade específica de produzir os efeitos jurídicos almejados. Tomando-se a teoria clássica contratual como base, o princípio decorre do fato de as partes terem a liberdade de contratar livremente, desde que não haja vedação legal. Como consequência, uma vez manifestada a vontade, os envolvidos têm o dever de cumprir todas as condições estabelecidas.

Nessa esteira da óptica voluntarista e individualista, o contrato é alheio aos terceiros e a estes não interessa, pois “o princípio da relatividade do contrato tem como função limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes” (PEREIRA, 2016, p. 15-16). Significa, portanto, que se só o devedor está adstrito ao dever de prestar, o terceiro não pode interferir no crédito alheio.

Como já analisado, o princípio da obrigatoriedade dos pactos foi perdendo forças diante da imperativa necessidade de equilíbrio entre as partes e a busca da justiça social, que o Estado procurou promover pela intervenção na ordem econômica. Dessa forma, o princípio da função social ameniza substancialmente a força obrigatória do contrato, no sentido de que as convenções estabelecidas não deverão

ser cegamente observadas quando se sobrepuserem ao interesse social e o (necessário) equilíbrio dos poderes dos contratantes.

Permeado por outros valores, o contrato, para além do mero desdobramento da autonomia da vontade, desempenha igualmente uma função social conferida pelo ordenamento jurídico por meio de “medidas ou mecanismos jurídicos capazes de impedir a concretização de quaisquer desigualdades sociais na relação contratual” (REIS, 2001, p.29).

A superação da visão clássica contratual possibilita redimensionar a noção de relatividade tradicional, muito bem desenvolvida pela concepção liberal. Entretanto, a liberdade concebida nos tempos atuais extrapola os fundamentos em si mesmos dos contratantes, porque os contratos já não se mantêm isolados.

Mais propriamente no campo dos contratos massificados, firmados na esfera consumerista, a irradiação de seus efeitos é inegável, notadamente porque o Código do Consumidor prevê a responsabilidade civil do fornecedor relativamente a terceiros que não integram o contrato, mas de alguma forma sofrem seus efeitos.

O desenvolvimento econômico, por força constitucional, baseia-se no valor social da livre iniciativa, que promove o desenvolvimento social. Dessa forma, enquanto a dignidade da pessoa humana for o princípio norteador do ordenamento brasileiro, o tratamento dispensado ao homem no negócio jurídico nunca poderá ser como coisa ou um número (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 45).

Busca-se, em verdade, uma nova e singular função do contrato, que já não deve mais atender apenas aos interesses individuais, geralmente de ordem econômica, mas se revela como “um *plus* que se acrescenta à função econômica” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 117) e tem como destinatária a sociedade⁴³.

O contrato não mais pode ser concebido como uma ilha, isolando em suas cláusulas as partes contratantes. Deve ser visto, ao revés, como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana atrelado ao princípio da solidariedade.

O Direito Privado não mais se concentra no ato de comércio ou de consumo, e sim em uma atividade. É um ato que não mais declara (liberdade contratual), mas recebe a declaração (confiança despertada). Não se limita apenas às relações bilaterais, expande-se também em suas redes, sistemas e grupos de contratos, pois

⁴³ Destaca-se que, muito embora a Constituição brasileira não faça menção ao contrato, impôs a funcionalização da propriedade privada, condicionando a postura do sujeito proprietário à satisfação de valores coletivos.

há uma nova visão finalística e total (holística) da relação contratual complexa atual (MARQUES, 2003).

Por força da função social do contrato, os efeitos alcançados pela órbita contratual devem ser considerados pelo contratante da mesma forma que seus interesses patrimoniais o são. Somente por meio desse comportamento é que o ordenamento jurídico oferece tutela.

Por isso, a função social passa a integrar a relação contratual como elemento interno e razão-justificativa da autonomia contratual, mas não para subjugá-la a elementos supraindividuais, e sim instrumentalizar as estruturas e valores jurídicos do ordenamento, realizando controle dinâmico da atividade privada a partir do vértice constitucional (TEPEDINO, *et al*, 2020).

Sufragada a dicotomia Público e Privado, um dos principais institutos do Direito Privado, o contrato, passa a canalizar os preceitos constitucionais, que são estendidos aos particulares em suas relações negociais, reconhecendo-se, assim, a concretização da ordem constitucional horizontalmente.

O sentido coletivo, por assim dizer, do contrato, reflete a necessidade de cooperação entre as pessoas na medida em que convivem com as demais. Sob esse ponto de vista, em leitura pioneira sobre o tema, Giselda Hironaka (1989, p. 141) já fazia a aproximação entre o princípio da igualdade e o viés coletivo.

A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos (HIRONAKA, 1989, p. 141).

Essa visão precursora da acepção do conceito de coletivo da propriedade privada presente na Constituição de 1988 estende-se para o contrato entre particulares, iniciando a construção do pensamento da função social de relações jurídicas envolvendo sujeitos definidos, o que significa uma certa ingerência na liberdade individual.

O fato é que também a falta de unidade científica na definição e caracterização do princípio da função social do contrato por vezes suscita polêmicas. Ora se o reconhece no princípio da solidariedade, ora no princípio da boa-fé objetiva,

a despeito deste último ser derivado do primeiro, muito embora tenha sido o mesmo impulsionado pela Constituição de 1988.

Há uma dificuldade de se estabelecer o conceito, bem como esferas ou limites de atuação. O legislador não prescreveu precisamente os critérios, pois o artigo 421 do Código Civil positivou o princípio ao estabelecer que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Situação bastante diversa da função social da propriedade, que foi expressamente especificada em seu modo de concretização e nas consequências de sua inobservância.

O Código Civil possui dezenove anos de vigência. É pertinente destacar que a Exposição de Motivos do então anteprojeto do Código Civil, de autoria de Miguel Reale, datado de 16.01.1975, aponta como um dos objetivos da nova codificação

[...] tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica (REALE, 1999, p. 71).

A tarefa de indicar uma definição foi alocada para a doutrina e jurisprudência que, importante ressaltar, já vinham adotando o princípio a partir de critérios mínimos para sua aplicação.

Como já referido, o contrato espelha a realidade histórica em que é celebrado. Deve ser interpretado em consonância com o meio social, valorizando-se o bom senso, a equidade e razoabilidade, evitando a onerosidade excessiva pelo respeito à paridade entre as partes, mantendo-se a justiça contratual e equilibrando a relação, quando necessária a proteção da parte mais vulnerável na relação.

Por esse motivo, fala-se em critérios mínimos. Nesse aspecto, doutrina e jurisprudência convergem no entendimento de que há uma construção constante para alcançar as respostas às situações concretas da sociedade contemporânea⁴⁴.

Ainda relevante destacar que Nalin (2008, p. 221) divide a função social em intrínseca e extrínseca. A primeira se relaciona a princípios como a igualdade material, equidade e boa-fé, todos decorrentes da solidariedade constitucional. Sua eficácia

⁴⁴ Sustenta Judith Martins-Costa (2018, p. 192) que não há a pré-constituição, pelo legislador, específica da norma para sua concreção. Essa tarefa incumbe ao julgador e a cada novo julgamento, cabendo aos precedentes o relevantíssimo papel de apontar exemplos a auxiliar na fixação da hipótese.

mitiga a força obrigatória dos contratos, protege a parte mais vulnerável, veda a onerosidade excessiva, protege os direitos individuais relativos à dignidade da pessoa humana e determina a nulidade das cláusulas abusivas em caso de violação (TARTUCE, 2017).

O perfil extrínseco rompe com o princípio da relatividade dos contratos. Ocupa-se com as repercussões no campo das relações sociais, interessando a outros que não só os envolvidos na relação jurídica de crédito (NALIN, 2008, p. 223-224). Por isso, tem por efeito a tutela externa do crédito (teoria do terceiro cúmplice), protege direitos metaindividuais e difusos, e promove a função socioambiental do contrato (TARTUCE, 2017).

À luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, a real função do contrato não é somente a segurança jurídica, mas sim o atendimento dos interesses da pessoa humana (TARTUCE; GOMIDE, 2019).

Além disso, a dicção do artigo 2035 do Código denota conteúdo bastante abrangente ao dispor que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo de caráter intertemporal causou grande impacto jurídico, por ser regra que privilegia os preceitos de ordem pública em relações interprivadas, mas, principalmente, porque atinge negócios jurídicos celebrados antes mesmo da sua vigência, cujos efeitos ainda estão sendo sentidos. Assim, consolida a relevância da observância dos valores coletivos em face dos individuais.

A I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal⁴⁵ (BRASÍLIA, 2012), aprovou o Enunciado n. 21: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”

Ao reconhecer a funcionalidade dos contratos, o legislador indica o aspecto mais relevante para uma nova leitura da relatividade dos efeitos contratuais. Além

⁴⁵ Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões”. Conselho Nacional da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

disso, o dispositivo ratifica os enunciados iniciais do texto constitucional, pois o Estado brasileiro tem por fundamento o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, IV) para conquistar seu objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade justa e solidária (artigo 3º, I)⁴⁶.

Os contratos, portanto, não podem ser pensados sem a permeabilidade da realidade social, isto é, a correlação entre o interior e o exterior da relação jurídica. É preciso repelir a concepção de que o contrato é um átomo (no mesmo sentido em que se abordou a dignidade da pessoa humana no segundo capítulo) e desvinculado de um contexto.

A função social do contrato implica reconhecer que as relações privadas passam a importar para toda a coletividade, firmando-se como fundamento para definir o conteúdo da liberdade de contratar na relação concreta em que está inserida. Isso porque se assenta no princípio constitucional da solidariedade, o qual maximiza a eficácia social do contrato.

Não se pode deixar de mencionar que o reconhecimento da função social do contrato pelo Código de Reale, como algo concreto e não mais metajurídico, gerou reações no meio jurídico. O primeiro impacto foi a percepção de que se estaria autorizando a intervenção externa com escopo de limitar a liberdade individual, pois, nessa óptica oitocentista, uma vez que submetido ao crivo dos requisitos de validade do contrato, não haveria legitimidade para limitar as prerrogativas individuais.

Além disso, a fragilização das amarras individualistas e patrimoniais foi associada a regimes políticos não democráticos, a subjugar a autonomia privada a interesses estatais, instrumentalizando a satisfação de interesses de entidades compostas de fortes valores ideológicos⁴⁷.

No entanto, tais objeções submetidas aos valores constitucionais não têm lastro, pois o princípio da função social há de ser aplicado ao caso concreto de modo a verificar a legitimidade das cláusulas que, embora consentâneas com a norma,

⁴⁶ A grande importância desse comando foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.286.209/SP, cujo relator, ministro João Otávio de Noronha, destacou “[...] consoante se extrai do artigo 2.035 do CC, a intangibilidade do contrato compreende integralmente os planos de sua existência e validade, mas, apenas parcialmente, o plano de sua eficácia, podendo sua força obrigatória ser mitigada. E essa mitigação terá lugar quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade, comprometendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva, valores expressamente tutelados pela lei civil e pela própria Constituição Federal”. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.286.209/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha. Julgado em 8.3.2016.)

⁴⁷ No Brasil, a ideia de função social da propriedade foi associada à reforma agrária e ao Movimento dos Sem-Terra (MST), e naturalmente esse temor também se transpôs para o âmbito contratual.

sacrifiquem interesses externos. Essa concepção decorre do fluxo de influências tanto para o exterior quanto para o interior da relação. Pensar nessa perspectiva não é afastar a relatividade dos contratos, mas considerá-la renovada.

Inadvertidamente, alguns podem pensar que o escopo do princípio é eliminar o risco contratual a que uma das partes, a vulnerável, está submetida. Embora possa mitigar os efeitos da relação contratual, seu grande papel é corrigir distorções e abusividades, como se verifica no fenômeno do superendividamento. Comprova-se, assim, a relevância da análise do tema sob essa perspectiva.

A utilização do princípio da função social, igualmente, não elimina os riscos de contratar, pois toda relação dessa natureza implica riscos para ambas as partes. Logo, não se poderia afirmar que a aplicação desvirtuada gera prejuízo àquele reconhecidamente mais empoderado, resultando daí um real desequilíbrio em detrimento deste, o que viola o princípio da igualdade com a desculpa de se contemplar o desigual: idoso.

Em verdade, como demonstrado, o princípio fundamenta a proteção do contratante vulnerável, especialmente quando se tratar de consumidor idoso, aderente às cláusulas impostas pela outra parte (*expert* na atividade que desempenha). Facilmente se verifica que em circunstâncias especiais é necessário um olhar diferenciado para, identificando-se o desequilíbrio e a subjugação pelo poder, intervir na autonomia privada. A intervenção somente se justifica quando a autonomia é exercida desequilibradamente, e não com o intuito de a anular, mas sim conservá-la consentânea aos primados justos do direito contratual, de modo a evitar a subversão de valores.

Além disso, sob pena de haver séria distorção do regramento, a função social do contrato não pode ser utilizada como sinônimo de função econômica visando a proteção do mercado, isto é, reafirmando a posição econômica do contratante mais forte, sob a desculpa de promover a manutenção do contrato em desfavor do vulnerável (TARTUCE; GOMIDE, 2019).

Em síntese, o que se procura demonstrar é que o conteúdo e o papel dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro impõem a análise de merecimento de tutela dos interesses envolvidos somente se, além dos interesses e vontade individual dos contratantes, o contrato integrar os interesses extracontratuais socialmente relevantes sob o prisma da Constituição.

Consubstanciando o fundamento de que o Direito Civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, porque sofre o influxo do Direito Constitucional, Facchini Neto (2006, p. 43) assevera ser necessário observar a eficácia que os direitos fundamentais, parte mais nobre do Direito Constitucional, podem ter no âmbito das relações subjetivas.

Sendo a boa-fé objetiva e a função social do contrato princípios sociais, derivados do princípio constitucional da solidariedade, os quais são mandamentos a alcançar a justiça contratual, devem prevalecer em caso de conflito com os clássicos princípios contratuais, pois não há qualquer dúvida quanto ao projeto constitucional brasileiro de se construir a sociedade livre, justa e solidária.

A transformação que a sociedade brasileira sofreu em virtude do aumento e envelhecimento populacional acentuou a sociedade de massas, cuja característica é adotar os contratos de adesão como regra no direito contratual.

É imprescindível que se situe no sistema jurídico a adequada fundamentação, seja no Código Civil ou de Defesa do Consumidor, adequando-se aos matizes sociais que levam à conclusão de se estar diante de um comportamento oposto à boa-fé objetiva e função social do contrato.

A aplicação de ambos os princípios, portanto, deve atender aos verdadeiros anseios constitucionais de assegurar a dignidade da pessoa humana, estimular a livre iniciativa calcada em valores sociais e proteger sobretudo o consumidor idoso, concretizando a eticidade e socialidade para promover o seu bem-estar.

Por questão de coerência, é inafastável a necessidade de se bem fundamentar a aplicação de tais princípios para que não ocorra a banalização de sua incidência. Ao mesmo tempo que se procura superar a clássica visão contratual pautada pela autonomia da vontade, liberdade de contratar e liberdade de propriedade, também se deseja aplicar de modo equilibrado os princípios contemporâneos, para que haja uma integração harmônica de todos. Para tanto, são exigíveis certas condutas voltadas à congregação dos sujeitos de uma sociedade.

Tendo por pano de fundo essa nova metodologia, a concreção dos princípios perpassa o âmbito de aplicação para além de um discurso de justificação. No entanto, para fins didáticos, primeiro é preciso fincar as balizas de justificação e bem fundamentar as razões para que, ao final desta pesquisa, se possa propor a aplicação de tão bem fundamentados institutos.

Por essa razão, passar-se-á a estudar a existência de deveres laterais de conduta deles decorrentes para a construção desta análise, que, em momento algum, deve se afastar dos já mencionados valores socialmente relevantes.

4.3 Reconhecendo a diferença: dever de informação qualificada na fase pré-contratual como instrumento de promoção da autonomia e concretização da dignidade na senectude

Ainda que a sociedade brasileira estivesse estruturada sobre o modelo capitalista, no qual a produção, o trabalho e o consumo eram interdependentes, em 1988 o legislador constituinte, reconhecendo a vulnerabilidade de inúmeros grupos, incluiu a proteção do consumidor entre as garantias individuais dos cidadãos, bem como o princípio da ordem econômica.

Assim, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, pilares do capitalismo e que têm por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, sobrepujaram o campo econômico para integrar a nova ordem constitucional brasileira.

Além disso, o legislador ocupou-se de fixar critérios para assegurar o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, elegendo como princípio matriz a dignidade da pessoa humana, alicerce para a construção da sociedade livre, justa e solidária. No campo das vulnerabilidades, também louvou a proteção do idoso ao determinar que a idade não poderá ser utilizada de maneira discriminatória na promoção do bem-estar geral.

Como não poderia deixar de ser, tal desvelo foi espelhado na redação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, e tem norteado as ações para a instauração e manutenção de um sistema de defesa do consumidor no Brasil. No que tange ao microsistema específico de proteção, somente em 2003 passou a vigorar o Estatuto do Idoso, refletindo os valores constitucionais.

Logo, maior cuidado deve ser dispensado ao consumidor idoso contratante quanto ao respeito à sua autonomia e, conseqüentemente, dignidade, de sorte que as questões meramente patrimoniais são deixadas em segundo plano. Nessa trilha, os valores existenciais passam a reger as relações e são postos em prática por meio da

solidariedade constitucional, que concretizará a função social do contrato e da propriedade no bojo de uma sociedade com vieses de liberdade e justiça.

Nessa conjuntura, a boa-fé assume relevante papel como pressuposto fundamental do dever de informar que materializa esses direitos constitucionais na vida concreta.

O instituto do dever jurídico *lato senso* foi concebido por João de Matos Antunes Varela (2003, p. 52), jurista português e responsável pela elaboração do atual Código Civil de Portugal, que o conceitua como “a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento”. Acrescenta, ainda, que o dever é uma ordem dirigida à inteligência e à vontade do homem; ultrapassa, portanto, o mero conceito de conselho ou pura exortação para ser a exigência de uma conduta (VARELA, 2003).

Assim, os deveres no campo obrigacional dividem-se em principais, que englobam a obrigação principal ou prestações fundamentais, e anexos, também denominados acessórios, laterais ou secundários, derivados da obrigação principal, de modo que estes dependem da existência do próprio contrato.

O dever de informar foi desenvolvido na teoria contratual da doutrina alemã, que falava na existência de deveres acessórios ou secundários à prestação principal. Também nessa linha doutrinária, os alemães entendiam que se tratavam de deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação.

A jurisprudência germânica há tempos vem recepcionando a ampliação do campo de incidência dos deveres anexos provenientes da boa-fé objetiva. Admite, inclusive, que tais deveres independem da celebração do contrato. A sua exigibilidade já é esperada no contato social e/ou negocial, isto é, na fase das negociações preliminares (MORAIS, 2019).

No Brasil, o dever de informar passa a representar, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, verdadeiro dever essencial para a harmonia e transparência nas relações de consumo (MARQUES, 2019).

Essa corrente doutrinária encaixa-se perfeitamente na sociedade fraterna almejada para a sociedade brasileira, pois, para que esta seja justa e solidária, independe da concretização efetiva do contrato. Deve haver, portanto, liberdade de autonomia, conforme o conceito kantiano de dignidade da pessoa humana já analisado.

Em igual sentido, o ordenamento jurídico italiano compactua desse entendimento, considerando-se emblemática a decisão que reputa autônomos os deveres anexos à boa-fé objetiva.

Como esta Corte ha già avuto modo di sottolineare, l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, in quest'ultima ipotesi designando una regola di comportamento in base alla quale il soggetto è tenuto (a prescindere dalla sussistenza di specifici obblighi contrattuali) a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui (nei limiti dell'apprezzabile sacrificio) – cfr. Cass., 20.04.1994, 3775 (Corte Suprema di Cassazione italiana, Civile Ord. Sez. 3, Num. 2057, Anno 2018, Relatore Scarano Luigi Alessandro, j. 05.04.2017, Data pubblicazione 29. 01.2018⁴⁸.

No mesmo norte, a reforma do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), em 2001, reconheceu o instituto da violação positiva do contrato, dispondo no §280⁴⁹ sobre os danos e a eventual compensação pela quebra, violação de um dever lateral de conduta, o que até então somente se observava na jurisprudência alemã (MORAIS, 2019).

Como visto, o princípio da boa-fé objetiva insculpido no artigo 422 do Código Civil consolidou-se como referência de atuação na seara contratual, sendo responsável por trazer à luz deveres acessórios que afiançarão a eficácia da prestação principal. Trata-se de uma espécie de eficácia horizontal estabelecida entre as partes, dinamizando o processo de contratar em todas as suas fases, já que opera desde o momento pré-contratual e estende seu alcance para além da execução do contrato.

Analisando-se mais precisamente o dever de informação, pode-se afirmar que a boa-fé se apresenta sob diversas formas, e pode ser descrita como informação qualificada (clara e transparente), traduzindo-se como direito do consumidor e dever do fornecedor.

⁴⁸ Em tradução livre, com as necessárias adaptações: “Como esta Corte já decidiu, a obrigação de boa-fé objetiva (correttezza) constitui um dever jurídico autônomo, expressão do princípio geral de solidariedade social, aplicável no âmbito contratual e extracontratual, e nesta última hipótese designando uma regra de comportamento segundo a qual o sujeito é obrigado (independentemente da existência de obrigações contratuais específicas) a manter nas relações da vida um comportamento leal, bem como destinado a salvaguardar a utilidade dos outros (dentro dos limites razoáveis – aceitáveis – de sacrifício)”. (Corte Suprema di Cassazione italiana. Disponível em <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. Acesso em: 28 dez. 20.

⁴⁹ § 280 (BGB): “Danos (compensação) pela quebra (violação) de dever. Se o obrigado viola um dever decorrente da obrigação, o credor pode demandar pelos danos resultantes. Isso não se aplica se o obrigado não for responsável pela violação do dever. [...]”

Assim, no momento em que o produto é disponibilizado (seja pela oferta, seja pela publicidade), o fornecedor deve observar as informações suficientemente adequadas para que o receptor (da informação) possa formular um juízo de valor mais consciente.

Consequentemente, não há campo para supor que determinadas informações já são do conhecimento do consumidor. A premissa é inversa: o fornecedor deve presumir que as características do seu produto são completamente desconhecidas. E mais além: os seus esclarecimentos, ao serem absorvidos, terão o condão de elucidar o contratante (SCHIER, 2011).

Mais um óbice ao fácil entendimento do idoso está na dificuldade que o veloz progresso tecnológico impõe. Seja pela falta de compreensão das características dos produtos e serviços, seja pela sua variedade incontável, esses empecilhos contribuem negativamente em suas razões de índole psicológica.

Todavia, não se trata de demonizar o crédito, produto importante nas relações que permeiam os tempos atuais, mas sim de exigir que seja apresentado de forma adequada justamente porque reconhecida a sua indispensabilidade na sociedade moderna.

Havendo grande especialização na forma de apresentação do crédito como produto de consumo, o intuito da pesquisa é contribuir para que a sociedade aumente o nível de exigência de esclarecimentos. Por esse motivo, apenas a informação de cunho publicitário não atende a esse requisito, e dado seu caráter meramente formal, contribui enormemente com a deficiência informacional. Em outras palavras, significa informação mais ampla, além das exigências legais. Daí a inafastabilidade da boa-fé objetiva no campo do direito contratual para arredar a suscetibilidade dos idosos no momento da tomada de crédito.

Nesse sentido, a relevância dos princípios se destaca, pois estes são os mandamentos que imprimem dinamismo às relações concretas. São os instrumentos que possibilitam direcionar os comandos normativos eticamente adequados à reflexão e consciência das implicações dos atos realizados em sua própria vida e entorno social.

O consumidor idoso é considerado duplamente vulnerável: primeiro porque, à medida que a idade avança, o ser humano tem sua capacidade de discernimento naturalmente diminuída, o que eleva a dificuldade de negociações com fornecedores.

Em segundo lugar, a publicidade (que é a amostragem da informação) dirigida ao idoso se aproveita dessa confusão (MIRAGEM, 2014).

Inconsciente de que poderosos mecanismos são utilizados para o seu convencimento, o idoso nem sequer percebe que está sendo manipulado, ignora que o tratamento disfarçado de gentilezas tenciona criar em sua mente necessidades antes inexistentes. Nessa situação, deveria o fornecedor redobrar seus cuidados e ofertar informação adaptada à vulnerabilidade psíquica do idoso⁵⁰.

Em atenção a esses aspectos é que se deve minar as relações contratuais estruturadas no poder, isto é, apenas na quantidade de informação, cujo monopólio pertence ao fornecedor, para se priorizar a informação qualificada ao ponto de propiciar segurança ao idoso de que alcançará suas legítimas expectativas. Sendo assim, uma vez que se busca a justiça e o equilíbrio orientados à satisfação do cumprimento da função social do contrato, a informação deixa de ser somente um poder para ser também um dever.

Antônio Carlos Efig (2015, p. 491) destaca que, na relação de consumo em que agravada a vulnerabilidade em decorrência da idade, estado de saúde, conhecimento ou condição social, tal como nos contratos de crédito consignado, a instituição financeira deve agir cuidadosamente pautada pela boa-fé objetiva, pela função social do contrato e pela informação clara e adequada especificamente ao caso.

A proposta da tese vai, portanto, muito além das informações obrigatoriamente estabelecidas na legislação que, embora aporte um rol taxativo, é bastante abrangente. O que se pretende é que, além das informações sobre o contrato, haja esclarecimento quanto às reais possibilidades de contratação conforme o comprometimento da renda mensal, as consequências da tomada do crédito quanto ao valor, tempo e o custo dessa concessão. Entretanto, o que se vê são promessas de que o empréstimo jamais traz prejuízos e se apresenta como única fonte de resolução de problemas.

⁵⁰ A Serasa Experian possui orientações específicas para as empresas direcionarem a oferta de seus produtos, fornecendo ferramentas de análise de mercado para a tomada de decisões estratégicas. Relativamente aos idosos há, inclusive, um link em seu site com dicas: “idosos oferecem menor risco de inadimplência: veja como atraí-los” (disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/blog/idosos-oferecem-menor-risco-de-inadimplencia-veja-como-atrai-los>. Acesso em: 26 jan 2021).

Construir novas perspectivas é necessário para que as mudanças positivas no comportamento da sociedade respeitem a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, os deveres surgem como um caminho necessário para que tal intuito seja alcançado.

A completa realização dos fins almejados pelas partes no contrato, observando-se a equidade e a razoabilidade, tem como deveres a cooperação e colaboração recíproca (esses deveres são considerados gênero, os demais são espécies). Tal sentido de cooperação e colaboração encontra suporte no princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, Constituição Federal) para orientar os contratantes diante da alteração de determinadas circunstâncias, suprindo lacunas diante de eventos imprevistos e consequências que possam dificultar o cumprimento do contrato (como é o caso do superendividamento).

Os deveres de cooperação e colaboração sob o prisma da solidariedade, portanto, permitem trazer as adaptações necessárias para que ao fim, efetivamente, o contrato celebrado seja cumprido.

O princípio constitucional da solidariedade, aliando-se a esses deveres, infunde nova dinâmica à relação negocial. No caso do contrato de crédito, os deveres impõem aos contratantes um padrão de comportamento, de cooperação recíproca, de respeito aos interesses legítimos de ambas as partes. Estas devem agir com transparência, ética, lealdade, uma vez que a boa-fé exige das partes a construção de um ambiente de solidariedade, lealdade, cooperação.

O dever de informação e transparência é de suma importância para que o idoso, esclarecido, possa manifestar a sua concordância de forma livre, evitando vício de consentimento, e também afastando ou minimizando as consequências danosas que possam decorrer de equivocadas interpretações.

A fase pré-contratual, via de regra, divide-se (ou pelo menos deveria) em três etapas. Ocorrem as negociações preliminares propriamente ditas, avançando-se para a formatação da proposta e, finalmente, a concordância com a oferta. Alcançadas tais etapas, inicia-se então a fase contratual.

Entretanto, embora o *iter* acima descrito proporcione um entendimento mais claro entre as partes, que refletiria em decisão mais consciente, nos contratos de massa ou de adesão, como é o caso dos contratos de crédito ao idoso, as três etapas da fase pré-contratual não são cumpridas. A proposta é apresentada de forma incondicional, e de tal forma sedutora que o idoso nem percebe que é inegociável, o

que reduz sua autonomia em aceitá-la ou não. Isso, como já analisado, nem sequer é proporcionado de forma verdadeira, dada a manipulação existente.

A assunção do compromisso de reembolsar um crédito sem que o idoso tenha pleno acesso à informação de seu custo permite dimensionar a necessidade da releitura principiológica, demonstrando que a tradicional teoria contratual, sistematicamente organizada na lei, já não alcança de forma plena a justiça social.

Assim, os deveres laterais na fase pré-contratual visam não apenas o cumprimento da obrigação principal, que seria o pagamento do crédito, mas também preservar as partes envolvidas no negócio, assim como estender a proteção ao período de cumprimento do contrato e após sua conclusão.

É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança [...], aos vários deveres dessa fase seguem-se deveres acessórios à obrigação principal na fase contratual. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1995, p. 125)

No Brasil, o descumprimento de deveres anexos de conduta não tem maiores consequências, embora o STJ tenha avançado substancialmente ao atribuir natureza contratual à responsabilidade civil derivada da violação aos deveres anexos do contrato⁵¹.

Em termos de concessão de crédito é o conteúdo do contrato, o que já vem bastante esmiuçado na recente alteração promovida pela Lei 14.181/2021 no Código de Defesa do Consumidor. Ela estabelece que o cálculo das prestações deverá apresentar detalhadamente todos os seus componentes, permitido, assim, que o idoso tenha uma visão global do que está contratando, de quanto está contratando e qual o tempo para quitação.

A situação específica de tomada do crédito mediante descontos mensais em seus proventos deve ser analisada conforme a sua realidade e também a sua vontade, que delimitarão o contrato e as cláusulas que conterão as informações por ele prestadas.

⁵¹ AgInt. no AgRg. no Agravo em REsp. 267.726/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Carlos Ferreira. J. 18.10.2016, DJe 24.10.2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862812253/agravo-interno-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agrg-no-aresp-267726-sp-2012-0258949-7/inteiro-teor-862812263>. Acesso em: 14 ago. 2021.

O dever de informar passa a ser algo natural na atividade de consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro “ônus proativo” atribuído aos fornecedores.

Informar é compartilhar aquilo de que se tem conhecimento, é cooperar com o outro, é tornar comum o que é sabido por uma das partes. A utilidade da informação deve ser aferida a partir de sua habilidade em neutralizar a vulnerabilidade do idoso.

A massificação informacional⁵², no sentido de ela ser padronizada à natureza dos contratos de adesão, torna-se perigosa e enganosa quando segue um modelo único para idosos inteiramente diversos, desiguais e de multifacetadas fragilidades (classes socioeconômicas, faixa etária, gênero, locais de moradia, nível de alfabetização), o que foge aos preceitos constitucionais de especial proteção a sua saúde, inclusive mental.

A convivência humana é permeada pelos mais variados contratos, cuja eficácia é maior ou menor consoante a comunicação havida entre os envolvidos. Por eticidade e valores norteadores de uma sociedade fraterna, devem ser firmados de modo a preservar a livre e consciente manifestação de vontade, considerando-se as singularidades de cada ser humano.

O contrato precisa ser entendido como um ato de comunicação – e conseqüente interpretação – humana. A civilização, entendida como espaço de civilidade e convivência humana pacífica e ordeira, provém de um “contrato social” (ROCHA, 2021, p. 75). A lei também se afirma como um contrato social, pois busca tornar comuns regras imprescindíveis à convivência (ROCHA, 2021). Conviver implica observar deveres no exercício de direitos para depuração desse acordo de comunhão, permitindo ser – e deixar que o outro também – o melhor que se pode ser.

Em homenagem ao princípio secular do *pacta sunt servanda* é preciso, pois, que a capacidade econômica do idoso não seja limitada pela deficiência informacional que repercute suas mazelas em outras fases da relação contratual, impondo óbice ao cumprimento do contrato.

⁵² A vulnerabilidade informacional, segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, não é a falta de informação, mas sim a informação abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, na grande maioria das vezes desnecessária, faltando eficácia à maioria das informações quando disponibilizadas ao consumidor (*O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 160).

Assim, a plena informação, sua clareza e transparência integram o princípio da boa-fé objetiva, orientador de conduta tanto no âmbito do Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, o princípio da socialidade, previsto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), vincula o juiz a atender aos fins sociais a que a norma se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942). Isso demonstra, definitivamente, que não só a Constituição se funda na dignidade da pessoa humana, mas também todo o arcabouço jurídico infraconstitucional. Conseqüentemente, a força obrigatória dos contratos não mais se assenta, exclusivamente, no poder vinculativo da manifestação da vontade declarada, mas também em seus fins sociais.

À guisa de conclusão deste capítulo, o dever de informação consagra valores civis-constitucionais, de modo que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, sendo o norte para regular o contato social e as relações negociais entre partes com poderes assimétricos a serem exercidos no bojo do contrato.

5 A SUPREMACIA DA PESSOA HUMANA E O PARADIGMA SOLIDARISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O SURGIMENTO DE UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

“Nenhum homem é uma ilha, inteiramente isolado, todo homem é um pedaço de um continente, uma parte de um todo. Se um torrão de terra for levado pelas águas até o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de teus amigos ou o teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntai: Por quem os sinos doam; eles doam por vós.”

John Donne

O século XIX foi o período histórico do triunfo do individualismo, da exaltação da potência do indivíduo confiante e orgulhoso em sua capacidade particular. No entanto, ao longo do século XX, as relações adquiriram nova roupagem em virtude da consciência coletiva desenvolvida precursoramente em alguns países europeus após as trágicas experiências angariadas na Segunda Guerra Mundial.

Como já exaustivamente analisado pela doutrina, os paradigmas da liberdade, igualdade e fraternidade consolidados pela Revolução Francesa e que influenciaram os códigos privados a partir de então não foram suficientes para instaurar a sociedade orientada para o bem comum. Em razão do abismo implementado pela igualdade formal, muitas pessoas deixaram de viver dignamente em face da prevalência da liberdade egoísta.

Atualmente, a manutenção do bem-estar social remanesce como obrigação primária do Estado. Contudo, é importante que a tarefa seja também partilhada com a sociedade, a fim de que esta assuma sua corresponsabilidade, possibilitando a contribuição de todos para amenizar o quadro dramático de miséria e indignidade ligadas à falta de condições mínimas existenciais. Mas não basta que o fenômeno se realize por caridade ou filantropia, é necessário o cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.

Vencido o obscurantismo do período repressivo, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem ao ordenamento jurídico brasileiro: coloriu o sistema com as tintas da esperança de um país mais desenvolvido do ponto de vista humano ao consagrar como um de seus objetivos a edificação de uma sociedade mais justa e solidária.

Desde então, essa é uma das principais diretrizes. O epicentro do ordenamento é a pessoa humana, personagem principal que moverá a liberdade, já consagrada, na direção da igualdade, embora mais formal do que material. Ambas devem convergir para a solidariedade.

Todos caminham, ou pelo menos deveriam caminhar, para a realidade material, abandonando velhos conceitos de liberdade individual e justiça singular, demonstrando a intenção de construir uma sociedade qualificada pelo bem-estar atingível por meio da solidariedade.

Nessa busca incessante, como alcançar tal desiderato tão relevante e nobre? Como retirar a frieza do papel e desenvolver o viés humanista preconizado pelo princípio da solidariedade, que deve irradiar por todo o ordenamento jurídico, atuando tanto nos institutos públicos quanto privados?

Desse modo, o eixo de salvaguarda se modificou e a proteção do mais fraco passou a ser uma meta, revelando que a trajetória é tão significativa quanto o resultado perseguido. Esse intuito, portanto, justifica o estudo das normas e a busca de instrumentos para sua correta aplicação.

No quadro contemporâneo, essa busca é tão essencial e relevante quanto o seu efeito. Por esse motivo, é imprescindível analisar-se o papel do princípio da solidariedade nesse caminho ético-jurídico.

A solidariedade, pois, complementa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto liberdade e igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as une, todas, no seio de uma comunidade. Enquanto naquela perspectiva cada pessoa reivindica o que lhe é próprio, em nome da solidariedade todos defendem o que é comum. Além disso, quanto à segurança, somente se realiza em sua plenitude quando o bem comum é o objetivo de todos, e quando a sociedade zela pelo bem de cada um de seus membros (COMPARATO, 2006).

O homem é livre, mas limitado e orientado pelo direito, que o obriga a desempenhar um determinado papel social (SEVEGNANI, 2014). A solidariedade é um princípio constitucional e por esse motivo as normas infraconstitucionais devem

prestigiá-lo e concretizá-lo, orientando o cidadão, o intérprete, em sua trajetória de bem comum. O presente capítulo se debruçará sobre esse relevante instrumento de concretização da dignidade humana, de molde a ampliar a sua compreensão para alargar o campo de incidência e aplicação na vida concreta, na liberdade dos privados.

5.1. Trajetória histórica da solidariedade: da virtude cristã à concepção jurídica a estruturar os direitos de liberdade e igualdade

Robinson Crusóé, personagem criado por Daniel Defoe, ao se deparar completamente solitário em uma ilha, encontrou na individualidade o controle de si e das coisas, reconhecendo, definitivamente, a dispensabilidade da presença e valor do outro.

Único sobrevivente do naufrágio do navio que se dirigia à Guiné, abriga-se em uma ilha deserta, onde, por vinte e cinco anos, viveu solitariamente protegido em um abrigo cercado por muralhas.

Utilizando-se de ferramentas e outros utensílios retirados do navio naufragado, o sustento foi provido pelo cultivo de milho, cevada e arroz que, por meio de seus conhecimentos, eram alternadamente plantados conforme as disposições climáticas.

Avançando sobre a natureza, cumpre seu itinerário de construção autossuficiente, revelando-se, assim, proprietário na acepção pura do termo. A soledade somente foi quebrada muitos anos depois, quando encontra um selvagem habitante do local, a quem denominou Sexta-feira. A partir desse momento, torna-se professor de seu servo, ensinando-lhe a língua inglesa, os bons hábitos (ditos civilizados) – e o quão equivocado era o canibalismo, além de plantar e caçar.

Juntos constroem uma canoa e realizam incursões exploratórias ao redor da ilha. Um dia, ao longe, avistam um navio ancorado e descobrem que, em razão de um motim, parte dos marinheiros e o capitão haviam sido feitos prisioneiros. Surge então a ocasião de aplicar a justiça: liberdade aos reféns mediante o compromisso de lealdade. Relativamente aos malfeitores, Robinson os submete a julgamento, já que avocara para si o papel de governador da ilha. No julgamento, concede-lhes a possibilidade de escolha quanto à pena imposta: voltar à Inglaterra, onde seriam

mortos por enforcamento, ou permanecerem na ilha à própria sorte. Os condenados optam em ficar na ilha e dela cuidar.

Após vinte e oito anos, Robinson inicia, em dezembro de 1686, o retorno a Portugal, lá atracando seu navio em junho do ano seguinte. Reencontra o capitão que ficara responsável por seus bens e retoma posse, vendendo-os. Posteriormente, rumo à Inglaterra, e alguns anos depois casa-se e tem filhos. Entretanto, seu espírito aventureiro e desbravador o leva às Índias Orientais em 1694. Por fim, retorna à sua ilha, onde reencontra os habitantes e lá deixa suprimentos, animais e mulheres.

Segundo Rodrigues e Falcon (2006, p.173), no século XVII, época em que se passa a história, abre-se um novo tempo, repleto de dúvidas e indagações sobre tudo o que integra o universo natural e humano. O período se constituiu pela crítica às formas ideais do Renascimento, que modificara a produção de conhecimento ao acentuar a importância da razão como “pressuposto da experiência, [...] e mostrava como o século XVI havia corroído a ideia de humanidade pelas tensões políticas decorrentes da formação dos Estados modernos e pelos problemas religiosos que o século anterior vivera” (RODRIGUES; FALCON, 2006, p.172).

A vida insular de Robinson Crusóé comprova a autodescoberta no sentido mais concreto de pessoa, que vive em circunstâncias particulares, uma vez que não há alternativa diferente após o refúgio na ilha desabitada. Ali, por muitos e muitos anos, apartado da civilização, o homem teve que suprir suas próprias necessidades, precisou empregar seus conhecimentos e habilidades para sobreviver, mas fez mais: desdobrou-se a ponto de desenvolver certos “confortos” para satisfazer suas necessidades e desejos.

A narrativa evidencia a busca do personagem pelo afastamento da selvageria, pois viera de um mundo constituído por certa complexidade social, caracterizado pela dependência de bens, e repentinamente se indagava como haveria de sobreviver em meio ao nada. Inopinadamente, viu-se na premência de transformar a ilha conforme o próprio conhecimento, e utilizar a natureza para atender às necessidades materiais.

É importante ressaltar que a fábula ilustra a modificação do pensamento humano, sua independência quanto aos termos religiosos ditados por longos séculos. Na solidão, Robinson recorre aos seus conhecimentos e à habilidade de reconhecer a necessidade de conjunção com a natureza. O exílio, que impõe, entre outras contingências, o total afastamento da Igreja, retrata a mutação da percepção humana da época: as certezas nasceram da observação metódica e do raciocínio lógico,

empírico, modificando inclusive a autoimagem. Percebe-se, pois, que Daniel Defoe retrata a realidade de um personagem afastado da aceitação pura e simples das proposições eclesiásticas da época, vendo-se como único orientador de seus pensamentos.

Aliás, René Descartes, em sua obra “Discurso do Método”, concluiu, a respeito das leis da física, que o conhecimento poderia ser muito útil quando encontrada uma filosofia prática ao invés das especulativas ensinadas nas escolas. Assim, conhecendo-se a força do fogo, do ar, da água, esta poderia ser empregada aos usos a que é adequada, tornando o homem “senhor da natureza” (DESCARTES, 2007, p. 103-104).

Dito de outro modo, seria dominar as leis da física para domar a natureza: razão a serviço do homem. A aceitação de uma verdade somente com evidências revela a adoção do método cartesiano. No caso de Robinson Crusóé, identificar o problema (solidão e falta de recursos), analisar sistemática e racionalmente a situação para ordenação dos pensamentos e, por fim, enumerar as soluções ou alternativas, dominando as emoções, resultando na diminuição das probabilidades de erro⁵³ (RODRIGUES; FALCON, 2006).

Nesse período de mudanças substanciais na autoconsciência humana, o pensamento cartesiano em muito contribuiu para que o homem voltasse a atenção para si, pois ao ordenar os próprios pensamentos, reconheceria que nada no mundo está inteiramente em seu poder (DESCARTES, 2007, p. 47-48). O filósofo (físico e matemático) francês, ao afirmar “penso, logo existo”, faz o homem se reconhecer como ser pensante, e, observando por sua óptica (e não das autoridades), ao mesmo tempo infere ser um organismo entre outros existentes.

No campo das relações sociais, com o advento da Revolução Industrial, a classe trabalhadora passou a exigir do Estado um leque de direitos para assegurar a

⁵³ Relativamente ao método de Descartes: “O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros. E, o último, fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza de nada omitir” (DESCARTES, René. *Discurso do método*, 3 ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33-35).

melhoria de suas vidas, notadamente no que se referisse às condições de trabalho, principal força propulsora.

Nesse cenário, criou-se a necessidade de uma nova análise científica, orientada ao estudo do meio social, partindo-se da premissa de que ele é muito mais do que a mera soma dos indivíduos que o compõem. A sociedade passa a ser analisada sob nova perspectiva.

Assim, a grande perda de prestígio e credibilidade sofrida pelos teólogos ao longo do século XVIII abriu espaço para que os homens de saber construíssem um novo modo de vinculação social, migrando de uma base de raciocínio conjectural para uma empiricamente fundamentada (LEVINE, 1997).

A sociologia ganha relevo. Ao se debruçar sobre a sociedade industrial do século XIX, em 1893, Émile Durkheim, percebendo a relevância de investigar os fatores que explicariam a organização social, defende sua tese de doutorado “Da divisão do trabalho social”, na qual investigou o modo de organização geral de uma sociedade e a ligação, maior ou menor, entre os homens, conforme a complexidade.

Segundo ele, tendo ocorrido substanciais modificações no mundo, as funções econômicas assumiram papel central na sociedade. A vida das pessoas passou a se desenvolver em torno do meio industrial e comercial, fazendo com que as atividades profissionais ocupassem grande parte do tempo. Atentando para esse cenário, Durkheim (2007, p. 14-15) observa a necessidade de ajustes necessários para a obtenção de um equilíbrio, em face da ausência de deveres de cada um contribuir para o funcionamento sadio das funções econômicas emergentes.

O nascedouro dessas funções novas deflagra um estado de anomia⁵⁴, decorrente das modificações dos padrões sociais. No período de transição de regras predomina a anomia, pois se altera a base que fazia a ligação por meio de regras e valores morais, impedindo, assim, a ligação entre as pessoas.

Nesse contexto, as sociedades capitalistas apresentam grande campo para anomia jurídica e moral das atividades econômicas, porque as mudanças são muitas. As soluções surgem quando os grupos sociais, unidos por determinadas afinidades, organizam-se para formar um conjunto de regras que regularão as atividades coletivas

⁵⁴ A palavra anomia tem origem grega, tendo por significação etimológica “falta de lei, ou falta de norma de conduta”. (ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 13. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 97)

(DURKHEIM, 2007). Dito de outra forma, é a doença que gera um malefício para o organismo, e a anomia gera dano para a sociedade⁵⁵.

Assim, Durkheim expõe a sua visão de sociedades e grupos constituídos por fatos sociais, e não uma coletividade baseada meramente na humanidade (genericamente considerada). De igual modo, observa que as atribuições se faziam cada vez mais especializadas, e o modo de manter a coesão deveria ser por meio da solidariedade social, a fim de que as paixões humanas se detivessem diante de uma força moral que respeitassem.

[...] a liberdade (referimo-nos à liberdade justa, aquela que a sociedade tem o dever de fazer respeitar) é produto de uma regulamentação. Só posso ser livre se outrem é impedido de tirar vantagem da superioridade física, econômica ou alguma outra de que ele dispõe para sujeitar a minha liberdade, e apenas a regra social pode criar obstáculos para esse abuso de poder (DURKHEIM, 2019, p. 15).

A ideia de que o homem é um ser isolado, vivendo em condições de absoluta liberdade e independência, é rejeitada por Durkheim, por considerar que os ditos direitos constituídos sob essa égide são desvinculados da realidade.

Dessa premissa, conclui-se que o ser humano existe como integrante de uma grande e complexa engrenagem social, é a espécie que precisa do outro para existir. Durkheim divide a consciência em comum (ou coletiva) e consciência individual, composta pela personalidade. Porém, para o francês, a sociedade não se organiza pela soma de todos os homens, eles detêm uma consciência coletiva. Para ele, os fatos sociais só podem ser explicados por outros fatos sociais, isto é, supraindividuais (LEVINE, 1997).

Todavia, o homem necessita de regras para que as funções sociais sejam cumpridas, e essas regras, além de impostas, devem ser ratificadas pela autoridade do grupo.

Assim, a consciência comum exerceria grande influência sobre a individual porque informa os sentimentos comuns daquilo que se tem como certo e errado, honroso. Com efeito, uma regra excede o modo de agir habitual, antes de tudo é um

⁵⁵ Ocorre a anomia quando as redes de relacionamento são interrompidas. Não se pode confundir anomia com anarquia, esta pressupõe relação de verticalidade na sociedade, é quando o poder (coercitivo), que dita as leis, deixa de impor as regras de coesão. Anomia pressupõe relações entre os pares (horizontais). Por isso, para o sociólogo, o grande problema a ser combatido é a anomia (DURKHEIM, 2019).

modo de agir obrigatório e que escapa, em certa medida, à arbitrariedade individual (DURKHEIM, 2007).

Por esse motivo, mesmo sendo inexorável a organização do trabalho social, criando especialidades cujos atos são regulados por normas que coíbem a arbitrariedade individual, também o homem, individualmente considerado, dispensa a anarquia. As relações intersubjetivas causam conflitos e desordens quando adversas à influência reguladora, que gera insegurança e, conseqüentemente, conflitos que podem se tornar crônicos. Extrai-se, com base nessa perspectiva, a justificativa pela qual Durkheim se dedicou a investigar e analisar a forma de organização do trabalho a partir da sociedade, e não do indivíduo apenas.

Para que a pessoa desfrute dos prazeres da harmonia e do entendimento, deve almejar algo mais do que o econômico, deve querer efetivamente a paz. “A vida coletiva é atraente, ao mesmo tempo que coercitiva” (DURKHEIM, 2007, p. 26).

Nessa relação de interdependência do homem com o meio social que o abriga, a divisão do trabalho se afirma, cada vez mais, como uma das bases fundamentais da ordem social, que, *pari e passu*, o homem vai se desenvolvendo. Isso leva o sociólogo francês a questionar se é um dever buscar se tornar o mais completo possível, um todo autossuficiente, ou ser apenas parte de um todo, tal como um elemento de um organismo. Em suas conclusões, responde que a perfeição está no homem que busca não ser completo, mas produzir, assumir que tem uma tarefa delimitada e a ela se dedicar, cumprindo com afinco suas obrigações (DURKHEIM, 2007).

Assim, para Durkheim (2007, p. 63) a solidariedade social se dá pela consciência coletiva, que, por sua vez, é responsável pela coesão entre as pessoas. Por fim, importante ressaltar que ele classifica a solidariedade, segundo o arranjo social (mais ou menos complexo), em mecânica e orgânica.

Afastando-se do conceito de solidariedade à luz do Cristianismo como caridade ou auxílio, Durkheim afirma que a solidariedade social decorre do grau de inter-relação entre os seus componentes. Assentando-se em fatos sociais, cria um método para investigar a coesão que leva ao desenvolvimento de todos. Utilizando como marco temporal a Revolução Industrial, categoriza a sociedade em primitiva, ou arcaica, e complexa.

Nessa toada, em período anterior ao século XVIII, precedente à consolidação do capitalismo, existia um modelo de solidariedade mecânica, inerente às sociedades

simples. Exemplo disso é o feudalismo, sistema em que a sociedade se compunha pelo clero, nobreza e os servos, representando um baixo grau de divisão do trabalho pela menor inter-relação social. Em termos pragmáticos, significa que a paralisação de um feudo não afetava os demais de maneira tão incisiva.

Com o desenvolvimento do capitalismo e das classes, surge a solidariedade orgânica, conceito definido com base na biologia. Ou seja, é orgânica no sentido de que cada uma das partes do organismo (sociedade) é composta por órgãos (pessoas) que desempenham determinadas funções, que têm a sua obrigatoriedade em relação a outra função⁵⁶. Nesse cenário, o grau de relação entre as pessoas é mais complexo porque há dependência muito maior. Ainda que aparentemente nas sociedades industriais verifique-se um grau de individualismo exacerbado, a dependência de um indivíduo para outro é muito grande, em razão das especialidades com que cada qual contribui para a realidade⁵⁷.

Nesse mesmo raciocínio, até as relações jurídicas diferem em sociedades simples e complexas. Nas primeiras, típicas do período pré-capitalista em que as pessoas desempenham as mesmas tarefas, o arranjo jurídico funda-se no direito consuetudinário, em que as tradições e os costumes desempenham papel primordial na coesão social. Por esse motivo, a violação, o crime, representam profunda ameaça à coesão social, e o Direito é repressivo para oferecer a punição proporcional ao delito, a fim de assegurar a coesão social do grupo.

Já nas sociedades complexas, os indivíduos não partilham as mesmas crenças. A divisão das tarefas mantém a coesão em face da interdependência entre os integrantes, isto é, são diferentes (socialmente) e dependentes pela divisão do trabalho social (DURKHEIM, 2007).

Observa-se que essa espécie de relações sociais mais complexas é pautada por diretrizes jurídicas. Por exemplo, na sociedade feudal, um vassalo não assinava um contrato de trabalho com o senhor feudal; já na sociedade capitalista, o trabalhador depende fundamentalmente da lei e não da tradição.

⁵⁶ Para o sociólogo, as ciências naturais fundamentam a concepção de uma sociedade orgânica, isto é, a sociedade assemelha-se a um corpo vivo: há indivíduos, que formam grupos que, reunidos, compõem a sociedade. Na biologia se tem as células, que em grande número formam os tecidos; vários tecidos reunidos formam os órgãos, e, finalmente, vários órgãos formam o organismo vivo.

⁵⁷ No Brasil, no final de maio de 2018, foi possível acompanhar pela mídia a greve geral de caminhoneiros que perdurou por dez dias e afetou severamente inúmeros segmentos, paralisando o fornecimento de combustíveis, alimentos e insumos médicos, levando o país à beira do colapso e gerando grande comoção social.

Assim, em uma sociedade em que a solidariedade é mecânica, as pessoas mantêm suas ligações e tomam suas decisões conforme a consciência coletiva, e não necessariamente por seus intentos pessoais. Aliás, para a pessoa, seu desejo e vontade devem representar aspirações comuns, o que proporciona maior coesão e harmonia social.

Perfilando a teoria, Durkheim analisa também a solidariedade orgânica, ligando-a à divisão social do trabalho. Na medida em que o capitalismo avança, exige a especialização das funções, fomentando um processo de individualização dos membros dessa sociedade e cedendo lugar ao desenvolvimento das personalidades.

Enquanto na solidariedade mecânica as pessoas estão unidas por um sentimento de pertencimento, como a uma nação, à religião, à família, a união na solidariedade orgânica ocorre pela interdependência na esfera social. O sociólogo defende que a atividade deve se dispersar em uma ampla superfície, concentrando-se e, com isso, “ganhando em intensidade o que perde em extensão” (DURKHEIM, 2007, p. 50).

Nessa trilha, a pessoa autossuficiente vai sendo superada pelo avanço da humanidade porque é incapaz de tudo conhecer. Em suma, o imperativo categórico da consciência é: “prepare-se para cumprir de modo útil uma função determinada” (DURKHEIM, 2007, p. 50).

Decorre dessa máxima que a divisão do trabalho se impõe para que cada um se especialize e cumpra com sua função da melhor forma possível, pois aperfeiçoar-se é reconhecer a tarefa (limitada) e a ela se dedicar para ter útil desempenho.

Analisando-se a solidariedade orgânica, conforme Durkheim, inerente às sociedades mais desenvolvidas e que impõe sanções premiaias, sua pertinência demonstra ser mais adequada à óptica funcional do desenvolvimento do Direito, considerando-se o cumprimento de funções para atender às necessidades da sociedade como uma totalidade.

Por outro lado, a solidariedade mecânica se afina mais ao Direito repressivo, que impinge sanções repressivas, mais condizentes com o direito penal, porque incidentes quando o agente fere o senso comum, deixando de priorizar o grupo social. Por isso, a solidariedade mecânica é superada pela transmutação do panorama social, uma vez que o surgimento das cidades e o desenvolvimento do comércio abrem campo às primeiras formas de individualismo (DURKHEIM, 2019).

Constituindo-se a sociedade em elementos tão diversos, é preciso que haja uma coordenação e, conseqüentemente, uma subordinação e interdependência de uns aos outros. Nesse cenário, a afirmação da solidariedade orgânica só ocorre se a solidariedade mecânica desaparece (DURKHEIM, 2019).

Percebe-se claramente que nesse passo a solidariedade não mais é concebida como atributo do Estado, mas se funda igualmente em um dever da sociedade civil.

Zoll (2007, p. 72) afirma que a solidariedade tem na igualdade a fundamentação de seu conceito. Há uma mutualidade entre condição de vida e carência. Isso fortalece a interdependência, estabelecendo-se tanto a igualdade material quanto a igualdade formal de todos os cidadãos no que respeita a seus direitos, deveres e responsabilidades.

Nessa tessitura, a solidariedade, ao ser concebida também como dever, adentra a seara jurídica e conquista espaço em discussões acadêmicas, dentre as quais se destacam as ideias críticas à doutrina individualista formuladas pelo jurista e doutor Pierre Marie Nicolas Léon Duguit. Decano da Universidade de Bordeaux, que lutou pela introdução da Sociologia nas faculdades de Direito.

Duguit, partindo da premissa da natureza social do fenômeno jurídico, com intuito de demonstrar a necessidade de um Direito que se ajustasse às necessidades da época, decantou-o de abstrações realistas indevidas. Sob forte influência de Durkheim, orientou-se por um socialismo baseado na observação e na experimentação metódica das realizações humanas.

Em sua visão, em qualquer grupo há o sentimento de solidariedade entre os indivíduos. Ele dimana, em primeiro lugar, das necessidades comuns a todos os membros e que só na coletividade podem ser satisfeitas; em segundo lugar, das diferentes necessidades de cada pessoa que, para sua satisfação, requer a troca de serviços em virtude da diversidade de aptidões.

Ao contrário de Durkheim, Duguit entende que a solidariedade condiciona as relações sociais, pois se traduz como “um valor a ser realizado nas relações sociais, sem o qual a divisão do trabalho não pode funcionar” (FARIAS, 1998, p. 226).

Desse pensamento, extrai-se que a lei de solidariedade é anterior ao Estado, que é por ela limitado. Por essa razão, é instituição que se desenvolve a partir da necessidade de organização social da humanidade, cuja diretriz é obstar a desordem e fortalecer o fato social. O fundamento do Direito não pode ser encontrado na vontade

da pessoa, tampouco no poder do Estado, mas sim, e somente, na sociedade (FARIAS, 1998).

De igual modo, o jurista francês afirmava que o ato individual, se realizado, provocaria uma reação organizada. Sob essas condições, conclui que, existindo o Direito como fato social, é ele o Direito objetivo, que poderia (ou não) estar positivado (DUGUIT, 2006).

O Direito objetivo ou a regra do Direito designa os valores éticos exigidos das pessoas que vivem em sociedade, e o respeito a essa ética implica, no âmbito social, a garantia de preservação do interesse comum. Em contrapartida, a sua violação desencadeia uma reação da coletividade no sentido de responsabilizar o agente da violação (DUGUIT, 2006).

Na mesma linha metodológica, Duguit busca reconduzir a noção de Direito subjetivo à noção básica do Direito objetivo, sublinhando nele a função social que implica, isto é, “constitui um poder do indivíduo que integra a sociedade” e capacita o seu reconhecimento social, “desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo Direito objetivo” (DUGUIT, 2006, p. 7-8).

Resultando o Direito dos choques, conflitos e disputas no seio das forças sociais, ele afirma que o mundo do Direito é um mundo de fatos tangíveis que devem ser explicados e classificados a partir das manifestações concretas das ações humanas, perquirindo-se seus efeitos sociais (FARIAS, 1998, p. 223).

Isso posto, a concepção se torna clara quando Duguit considera o Direito objetivo uma “lei de fim”, reconhecendo a sua funcionalização, que se direciona à realização da solidariedade social, pois “o homem natural e isolado, independente dos demais, constitui uma abstração da realidade” (DUGUIT, 2006, p.15). Portanto, não é razoável divergir do entendimento de que as pessoas são partícipes de uma coletividade que as sujeita ao compromisso da manutenção e desenvolvimento da vida coletiva.

Na última etapa de sua vida, conjuntamente ao sentimento de solidariedade, motor da regra de Direito, ele destacou o sentimento de justiça. Segundo Duguit, para o Estado de Direito existir é necessário que a sanção da regra social esteja de acordo com o sentimento de justiça comutativa e distributiva no momento considerado (DUGUIT, 2006).

No contexto brasileiro, a Constituição estabelece as relações em nível colaborativo. Ela determina que todos, mutuamente, conservem a própria humanidade

porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de seus membros.

Revisitando-se a teoria do jurista de Bourdeaux, mostra-se insuficiente, portanto, a manutenção de uma sociedade de “vida coletiva” (DUGUIT, 2006, p. 16). É fundamental que se promova o seu desenvolvimento, atingível pelo exercício de direitos, sendo essa a razão maior da necessidade de transformação do Direito.

Entretanto, como já referido, encontra-se resistência por parte de alguns juristas, essencialmente constrictos aos termos legais e arredios aos conceitos abertos do texto constitucional. Tal como, sob outra perspectiva, outros tantos que, sob o manto argumentativo dos valores constitucionais, interpretam a Lei Maior da maneira a lhe ser mais (amplamente) conveniente.

Percebe-se, pois, versões desiguais, o que de forma alguma ruma aos objetivos da República brasileira; antes desagrega, chamando a Academia a realizar uma leitura renovada em face das profundas alterações do mundo.

A situação requer ainda mais perspicácia dos pesquisadores. Não se pode apenas analisar criticamente as circunstâncias, também há que se buscar alternativas para ampliar a reflexão em torno da problemática, cooperando não somente com o campo jurídico, mas social.

O que se busca, portanto, é reconhecer a solidariedade como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ampliando-se o conceito individual para o coletivo. Esse valor máximo deixa de ter um rosto único e assume a roupagem de coletividade, já que “[...] a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas” (COMPARATO, 2003, p. 26).

A apresentação das teorias formuladas pelos dois sociólogos não tem o propósito de apontar a solidariedade como a solução dos problemas modernos. Pretende-se demonstrar que a sua adoção é fundamental para a compreensão de que a solidariedade está inserida em uma sociedade marcada pela pluralidade de valores. Assim, passa-se, na sequência, a analisar a solidariedade sob a perspectiva jurídico-constitucional e sua relevância na releitura do Direito Privado.

5.2 A filtragem constitucional da solidariedade jurídica e o surgimento de uma nova perspectiva para a reconstrução do Direito Privado

Partindo-se da lógica funcional de Duguit, o valor social e jurídico de um ato social só se afirma quando observada a solidariedade, isto é, quando se assegura a liberdade individual fundamentada no social.

Isso porque o homem se torna um “ser social” não somente porque essa é a sua condição natural, mas também porque existe uma “norma social e jurídica que lhe impõe um comportamento de colaboração no campo da solidariedade social” (FARIAS, 1998, p. 228).

Assim, a “solidariedade social” é, ao mesmo tempo, um “imperativo hipotético” e um “imperativo categórico”. Enquanto o “imperativo categórico” de Kant é um princípio que se aplica à autonomia do sujeito, a uma pessoa em virtude de sua natureza como um ser racional, em Duguit a condição de possibilidade do direito é a de que ele seja revestido ao mesmo tempo de um “juízo hipotético” e de um “imperativo categórico” (FARIAS, 1998, p. 228).

Por longo período, o formalismo jurídico ordenou o sistema normativo como a representação da racionalidade adequada ao fim de ditar a Justiça, isto é, justo era o que estava descrito na lei, o que, ao mesmo tempo, repisava a segurança jurídica.

Evidentemente que o positivismo jurídico foi um grande avanço para a civilização. Entretanto, com a ruína das fronteiras físicas, as relações adquiriram contornos globais e assumiram maior complexidade. O Direito teve de se adaptar às mudanças, integrando à sua tarefa o viés funcionalista já defendido por Bobbio.

Portanto, o julgamento individual da pessoa, subordinando-se ao imperativo categórico da solidariedade, implica regra de conduta que determina direitos e deveres. Comprova-se, assim, que o processo social de decisão elege a sociedade como um todo e lhe confere elasticidade, flexibilidade. Essa afirmação encontra supedâneo constitucional no artigo 3º, que estabelece como objetivo da República a sociedade solidária.

De fato, a mera relação fato-norma deixou de ser solucionada adequadamente por meio do silogismo. Uma vez que a lei não poderia contemplar todas as hipóteses de aplicação, o fato social era impossível de ser exaustivamente previsto na norma.

Já no início do século XX, o positivismo puro foi contraposto pelo reconhecimento do ser humano como parte integrante do ordenamento jurídico, o que, segundo Lorenzetti (1998, p. 57), seria um erro acreditar que a solução de um problema estaria na edição de uma lei.

Com a busca de novos sentidos para os processos de normatização, fortemente inspirados pela ética da cooperação e da responsabilidade social, o Direito formal alterou seu eixo e passou a contemplar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão⁵⁸, a fim de acompanhar a vida que não para de se movimentar.

Nesse sentido, a revolta contra o formalismo jurídico representa uma mudança de paradigmas teóricos no Direito. Passa, necessariamente, pelo debate sobre a questão da justiça que, ao final, forjará a noção de justiça social sobre a qual se construirá o direito de solidariedade (FARIAS, 1998).

Abandonada a perspectiva do individualismo jurídico, o Direito se legitima pelo conteúdo que expressa, e não sua origem (a lei), por sua finalidade de contributo para uma sociedade mais igualitária ambientada em um espaço de socialização e individualização. Reafirma-se o correto posicionamento do princípio da solidariedade como objetivo da República, caracterizado por ser mais flexível e ter maior mobilidade, o que representa um dos aspectos da contemporaneidade jurídica.

No Brasil, a solidariedade adquiriu aceção jurídica somente com a Constituição Federal. Antes disso, limitava-se a um instituto próprio do campo obrigacional, em que uma pluralidade de credores poderia receber o valor de uma dívida em sua totalidade, ou, quando havia multiplicidade de devedores, estes todos seriam responsáveis integralmente pela dívida.

⁵⁸ O surgimento de direitos de terceira dimensão, classificação na qual se insere a solidariedade, impõe o equilíbrio entre o direito e o dever. Destaca-se a solidariedade horizontal, própria do Estado Democrático de Direito, em contraposição à solidariedade vertical (consentânea com o Estado Social), correspondente àquela empreendida entre os componentes da sociedade.

De uma perspectiva histórica, os autores costumam descrever a evolução dos direitos fundamentais por “gerações” ou “dimensões”, sendo a primeira ligada à Revolução Francesa e ao Estado Liberal, composta das liberdades fundamentais, direitos civis e políticos, típicos direitos de oposição ao Estado (direitos de defesa), áreas imunes da intervenção estatal. Os direitos de segunda geração, vinculados às lutas de classes da segunda metade do século XIX e ao surgimento do Estado Social, são aqueles de conteúdo social e econômico, complementares às típicas liberdades fundamentais, que buscam assegurar a igualdade material na sociedade, isto é, a justiça social. Os direitos fundamentais de terceira geração seriam os mais contemporâneos de caráter difuso, como o direito à paz, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, os direitos na esfera da biotecnologia e respeito à manipulação genética, o direito à qualidade de vida e ao meio ambiente sadio, à liberdade informática e os direitos dos consumidores (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2006).

Durante o século XX, a noção de solidariedade esteve reduzida aos ideais da caridade oitocentista, fruto da virtuosa liberalidade individual em prol do outro. Pressupunha-se que, para ser solidário, era preciso que a pessoa renunciasse a algo em benefício alheio. No entanto, essa concepção mostrou-se insuficiente porque restringia a solidariedade à vontade exclusivamente individual, que estaria em igual condição de liberdade apenas no campo teórico.

Complementando essa ideia de solidariedade, Daniel Sarmiento (2016, p. 17), ao referenciar a dignidade humana, destaca que seu emprego serve tanto para “assegurar o respeito à autonomia dos indivíduos como para obrigá-los a viver de acordo com valores que não professam”. Significa, portanto, um dever de conduta (respeito à diferença e tolerância) imposto à revelia da soberana vontade individual.

Na visão de José Fernando de Castro Farias (1998, p. 05), o direito de solidariedade não se limita às matérias jurídicas referentes ao direito do trabalho, da previdência social, direitos e seguridade sociais. Revela-se como um paradigma jurídico, porque é uma regra de juízo para as práticas jurídicas:

O direito de solidariedade é um conjunto de práticas jurídicas vistas como espaço fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual procura-se fazer a articulação entre o *direito* e o *social* sem nenhuma relação de causalidade ou de reflexo. Busca-se uma perspectiva de imanência e de estratégia cognitiva capaz de permitir a superação das clivagens cristalizadas no direito (como aquelas entre sujeito e objeto, romantismo e sociologismo, público e privado, coletivo e individual, ordem e desordem), para adotar-se uma relação de complexidade, de complementaridade e de comunicação (FARIAS, 1998, p. 05).

Hesse (1995, p. 87)⁵⁹ destaca, com base em Gustav Radbruch, que sujeitar a solidariedade à escolha da pessoa é atribuir-lhe uma “inteligência egoísta”, que direcionará os atos para obter o melhor proveito possível das situações, pouco importando a lei. Essa concepção permanece atual, pois ainda se observa a indiferença ao princípio da solidariedade pela ampla utilização dos instrumentos legais com propósitos maliciosos, com o objetivo de se sobrepôr ao outro, e tal não é diferente no âmbito dos contratos de crédito consignados aqui examinados.

O renovado Direito Privado caminha pela justiça, que orienta a pessoa livre e fraterna para a convivência digna na sociedade solidária. Com esta nova maneira de pensar as relações e conflitos no âmbito privado, o novo Direito Privado é dividido pela

⁵⁹ Hesse utiliza-se desta expressão cunhada por Gustav Radbruch em sua obra *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 87.

pessoa (titular de direitos) e pelos papéis na interação social da vida privada, isto é, a pessoa se torna coletivamente mais responsável.

Para o seu verdadeiro sentido, a solidariedade significa ceder em benefício do outro, pois necessariamente este receberá os impactos das relações jurídico-sociais levadas a efeito. Dito de outro modo, a pessoa tem sua liberdade assegurada pelo Direito, que a compele a desempenhar determinado papel social, legitimando seu exercício na medida em que contribui para a realização da solidariedade.

Ampliando-se ainda mais a concepção, o outro é aquele que não possui rosto nem particularidades, enfim, é todo aquele que constitui uma nação. Ora, se se tratando da valoração do idoso na sociedade, não se pode simplesmente delegar a ele próprio a responsabilidade por decisões que são induzidas por técnicas maliciosas que visa unicamente o lucro do fornecedor de crédito, conforme se analisará no próximo e último capítulo.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2006, p. 296) alude que a solidariedade implica o “reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irreduzível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum”. E prossegue afirmando que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre pessoas isoladas que apenas perseguem projetos pessoais e antagônicos, mas que se revela um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais e que se reconhecem como tal (SARMENTO, 2006).

Quanto ao objeto desta tese, o que se busca, portanto, é reconhecer a solidariedade como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, transpondo-se a fronteira individual e alcançando as relações interprivadas. Eis que esse valor máximo deixa de ter um rosto único e assume a roupagem de coletividade, já que “[...] a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas” (COMPARATO, 2003, p. 26).

Tal aspiração atribui a todos, e a cada cidadão brasileiro, o compromisso de viver em sociedade como titulares de direitos e deveres, com vistas à construção da sociedade livre, justa e solidária, cuja humanidade se manifesta pelo comprometimento na concretização da dignidade de cada qual.

No entanto, o princípio da solidariedade não é, ainda, perfeitamente aceito como princípio jurídico. Inúmeras tentativas de estabelecer seus contornos foram

rotuladas como ideias socialistas e contrárias ao liberalismo, como verdadeira ameaça à liberdade individual e também à democracia.

Na tentativa de consolidar este sentimento de dever mútuo de ajudar um ao outro como dever jurídico, “não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade” (DUGUIT, 2006, p. 16). Isso os sujeita ao compromisso da manutenção e desenvolvimento da vida coletiva.

Portanto, mostra-se insuficiente manter uma “sociedade de vida coletiva”, expressão cunhada por DUGUIT (2006, p. 15), é fundamental promover o seu desenvolvimento, o que se obtém pelo exercício de direitos. Por essa razão, o princípio da solidariedade, como mandamento constitucional, robustece-se quando o intérprete integra a sua essência à indispensável busca da função social do Direito, tão presente no Constitucionalismo Contemporâneo.

Entretanto, como já referido, encontra-se resistência por parte de alguns juristas, essencialmente constrictos aos termos legais e arredios aos conceitos abertos do texto constitucional, assim como, por outro lado, outros tantos que, sob o manto argumentativo dos valores constitucionais, interpretam a Lei Maior da maneira a lhes ser mais (amplamente) conveniente.

Percebe-se, pois, versões desiguais, o que de forma alguma ruma aos objetivos da República brasileira, antes desagrega, chamando a Academia a realizar uma leitura cadenciada dos princípios constitucionais, compatibilizando-os para fomentar uma nova hermenêutica que migre do plano teórico, imaterial, para desbravar novos caminhos para a realização humana.

A situação requer ainda mais perspicácia dos pesquisadores. Não se pode apenas analisar criticamente as circunstâncias, também há que se buscar alternativas para ampliar a reflexão em torno da problemática. É preciso cooperar não só com o campo jurídico, mas social, tal como se apresenta nesta tese, voltada a contribuir na formação dessa nova sociedade sob os parâmetros da liberdade e igualdade ordenados pelo princípio da solidariedade.

Por esse motivo, a expressa referência à solidariedade no artigo 3º da Constituição Federal implica sua observância para além da elaboração das leis ou criação de políticas públicas, mas como premissa de interpretação do Direito, a ser realizada tanto pelos aplicadores da lei quanto seus destinatários.

No contexto atual, em que o Direito se transforma pela ampliação de suas funções e diversificação sistêmica, os princípios assumem papel de grande relevância como instrumentos de concretização da vontade do legislador.

Muito embora alguns entendam que haja referência à solidariedade apenas no inciso I do artigo 3º da Constituição, ela está presente em todos os demais incisos. Não se pode dissociar seu ideal quando da execução de políticas públicas que visem debelar a pobreza e a marginalização, bem como diminuir as desigualdades sociais e regionais, na persecução de um desenvolvimento nacional calcado no desenvolvimento de todos, sem distinção, já que o direito universal à dignidade é o elo entre os cidadãos⁶⁰.

A solidariedade não é apenas um ideal a ser conquistado, mas um comando jurídico com força vinculante, que reflete sobre as demais normas, sejam elas regras ou princípios, constitucionais ou infraconstitucionais. Por isso, a concepção de solidariedade extrapola o sentido meramente ético. Implica senso de responsabilidade e comprometimento porque reconhecida e respeitada a relação mútua de interdependência entre a sociedade e a pessoa, que dela depende para ser pessoa; e aquela, por sua vez, vincula-se à pessoa humana porque busca a harmonia social e o progresso como resultado da convivência.

A ética da alteridade, incorporada pelo Direito com o intuito de construir um novo modelo de sociedade, pautado pela justiça, perpassa o cuidado e respeito pelo outro. Desse modo, a solidariedade foi transmutada de valor para norma constitucional, como instrumentalizadora das demandas do século passado, acentuadas no século XXI.

Como efeito, a satisfação da solidariedade deve ser fim primordial a ser perseguido, concertando direitos, deveres, institutos jurídicos, políticas públicas, delimitando e conformando reciprocamente os conteúdos normativos diante do caso concreto, o que não implica necessariamente afastamento da norma, quando concorrentes.

Sendo uma racionalidade ética-jurídica, habilitada a induzir comportamentos e persuadir condutas a utilidades sociais (CARDOSO, 2013, p. 133), essa relação sistêmica será mais profundamente analisada no próximo capítulo, ao se analisar as

⁶⁰ Exemplo claro encontra-se no artigo 230 da Constituição Federal, que consigna ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando-lhe a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhe o direito à vida.

relevantes alterações legislativas promovidas no Código de Defesa do Consumidor, que reflete claramente a lógica solidarista normatizado pela Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/2021) ao estabelecer como seus pilares a concessão do crédito responsável, a preservação do mínimo existencial e prevenção ao superendividamento, elevando os interesses socialmente relevantes inerentes ao bem comum⁶¹ ao centro da construção jurídica.

Dado o conteúdo axiológico da Constituição Federal, notadamente a conquista de uma sociedade mais fraterna e igualitária, a previsão formal é insuficiente para que direitos e garantias sejam plenamente executáveis por seus titulares.

Na interação social moderna, as relações humanas alcançam altos níveis de complexidade, desafiando o Direito a respostas que contemplem múltiplos aspectos. Isso porque o Direito é um objetivo a ser alcançado, apenas a lei não modifica a sociedade, pois muito embora contribua para mudanças, “o direito é, e sempre será, uma aspiração, um ideal” (ROSSO, 2007, p. 202).

O artigo 3º da Constituição se revela como comando pragmático, extrapolando a mera idealização de uma sociedade melhor. Ele indica meios de ação concretos para dissolver a sociedade injusta e desigual, por meio do combate à indiferença do valor absoluto a que é alçada a dignidade da pessoa humana enquanto peça-chave de um contexto plural⁶².

Assim, a sociedade, calcada nesses valores constitucionais, desponta no centro do ordenamento jurídico, consolidando a superação da concepção abstrata do desejo de justiça, liberdade e igualdade, tangenciando e corporificando o superior desiderato por vetores de concreção.

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem marginalizados (MORAES, 2010).

⁶¹ Importante destacar que a realização do “bem comum” se concretiza pelas pessoas viverem humanamente, isto é, com o desenvolvimento de suas faculdades naturais e exercício das virtudes humanas, cujos integrantes têm a concepção de que as relações sociais somente serão satisfatórias se o homem respeitar o outro com quem se relaciona (CARDOSO, 2013, p. 209).

⁶² A solidariedade não é um vago programa político ou mera retórica, pois “não se pode imaginar [...] que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão ‘carta política’, porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Temas de direito civil*, 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 17-18).

É chegado o momento de a pessoa agir afirmativamente em prol da sociedade pacificada que idealiza viver, abandonando a concepção de que a responsabilidade incumbe ao Estado.

Um dos maiores obstáculos à aplicabilidade do princípio da solidariedade é a crença de que a concretização dos valores constitucionais é tarefa estatal, como se a sociedade não fosse composta pelo agir individual direcionado ao coletivo. Tal perspectiva apenas comprova o quanto o individualismo mantém arraigada a visão de que a realização do bem comum compete unicamente às políticas públicas promovidas pelo Estado.

É necessário integrar, definitivamente, a solidariedade à liberdade (que implica o exercício de direitos e realização pessoal), e à igualdade (cuja essência é o direito de todos a gozarem seus direitos estabelecendo também deveres fundamentais). Nessa fórmula hermenêutica, a solidariedade perpassa o interesse centrado em si (Estado Liberal) e o interesse centrado no outro (Estado Social) para efetivar o Estado Democrático de Direito, composto por ambas as concepções.

Ao encontro de tal concepção, desta feita no campo da fraternidade, imprescindível destacar que Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 117) enfatiza que a mesma exprime “igualdade de dignidade entre todos os homens, independente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas ou vinculadas aos segmentos sociais ou comunitários unidos por características ou objetivos comuns” (2017, p. 117). Compreende-se, desse modo, que imbuída está a essência da promoção da igualdade por meio de um pensamento que conjuga a unidade e a distinção que caracteriza a humanidade contemporânea (MACHADO, 2017).

Por esse motivo, igualmente relevante é a análise da fraternidade, que, como instrumento axiológico do ordenamento jurídico brasileiro a reforçar os mecanismos de concreção da vontade da Constituição, já que é valor expressamente referido em seu Preâmbulo, difere da solidariedade que é norma.

O movimento socializador e democrático acentuado na década de 1980 culminou na Constituição de 1988, que, além de arquitetar as normas de estrutura, organização e modo de atuação do Estado, estatuiu direitos e deveres fundamentais, bem como garantias individuais. Tais conquistas, próprias de uma renovada sociedade, caracterizada pela liberdade, ética e justiça, engendraram o texto constitucional calcando-se em preceitos jamais contemplados antes.

Desse modo, a participação plural norteada pelos nobres mandamentos constitucionais deve adotar como premissas a convivência pacífica em sociedade, o exercício de direitos e respeito aos deveres como ideais voltados à realização de interesses coletivos e difusos. Sob essa perspectiva, o pilar transmuta-se para o “ser”, deixando em segundo plano o “ter”, remodelando o liame entre a norma jurídica máxima e a realidade, ambas perpassadas pela fraternidade.

A concepção semântica de fraternidade, cuja origem está no vocábulo latino *fraternitate*, segundo o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa (HOLANDA, 2010, p. 982), possui três significados: (1) parentesco de irmãos; irmandade; (2) amor ao próximo; fraternização. (3) união ou convivência como de irmãos; harmonia, paz, concórdia, fraternização. Assumida como verbo, fraternizar expressa (1) unir com amizade íntima, estreita, fraterna. (2) unir-se estreitamente como entre irmãos. (3) aliar-se, unir-se. (4) fazer causa comum, comungar nas mesmas ideias, harmonizar-se (HOLANDA, 2010).

Partindo-se desses conceitos, a fraternidade dimana de um entendimento acerca de algo em comum, fruto da convergência de intenções plurais, não decorrendo, conseqüentemente, da imposição de qualquer autoridade.

Outro não é o motivo pelo qual a Constituição de 1988 refere que a sociedade como um todo será fraterna, estendendo o compromisso para além da seara estatal. A irmandade fraterna não parte de um poder soberano, centra-se na humanidade, rompendo o antagonismo entre os indivíduos.

Sob várias facetas, a fraternidade foi reconhecida ao longo da História, comumente sob a óptica da proximidade entre irmãos. Contudo, volvendo à ruptura histórica promovida Revolução Francesa, a burguesia, inspirada na tríade *Liberté, Egalité, Fraternité*, atribuiu-lhe valor político para promover a necessária interação com a liberdade e a igualdade, refletindo o pensamento central na formação do Estado Liberal.

Antonio Maria Baggio (2008, p.08) assinala que, no período anterior a 1789, a fraternidade cingia-se a interpretações de cunho religioso, obstaculizando a formação de uma verdadeira categoria política. Como consequência, o “mundo novo” proposto pelos revolucionários enfatizou a liberdade, legitimada pela igualdade de todos, ainda que em moldes de mera formalidade, unidos fraternalmente como irmãos.

Nesse cenário de novos ideais como fundamento das reações sociais contra a opressão arbitrária que marcava a cultura europeia à época, extrapolou-se a fraternidade abrigada pela caridade praticada pela Igreja.

A luta pela liberdade e a igualdade empreendida pelos franceses remontou à origem antropológica da fraternidade para provocar um sentimento de confiança no Estado, consagrando-a como elo entre os nacionais, vínculo fortemente oposicionista ao *Ancien Régime*.

Entretanto, o desenrolar dos fatos demonstrou que o liberalismo clássico estruturou abissais diferenças sociais, políticas e econômicas edificadas pela excessiva proteção à liberdade e incentivos voltados essencialmente ao auto interesse, tendo por pano de fundo a ilusória igualdade no marco da transição do século XIX para o século XX.

As já tão profundas dessemelhanças se agravaram com as ideologias fascistas e nazistas, cuja tentativa de superação se deu pela inovadora afirmação da fraternidade por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Esse documento internacional reconheceu-a como o móvel da liberdade dos homens, iguais desde o nascimento, e força motriz na interação da vida em sociedade, guiada pelo espírito de fraternidade.

Essa concepção elevou o sentimento/valor fraternidade a elemento mediador entre a liberdade e a igualdade, a fim de que as diferenças inerentes à natureza humana pudessem ser utilizadas em prol da realização digna de todo ser humano⁶³.

O reconhecimento do princípio da fraternidade, ao lado dos princípios da liberdade e igualdade pela Organização das Nações Unidas, ganha a esfera universal, consagrando seu caráter político e jurídico, integrando-se ao conceito meramente moral para se tornar um propósito a ser alcançado por todos os povos e nações.

⁶³ O valor da fraternidade como sentido existencial permaneceu sendo defendido ao longo das décadas que transcorreram desde o documento das Nações Unidas, enfatizando sempre que o seu caráter universalista gera nas pessoas o dever de respeitá-la, tendo, inclusive, sido destacada por João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris*, datada de 11 de abril de 1963: “Estabelecido este princípio, deve-se concluir que, no relacionamento humano, a determinado direito natural de uma pessoa corresponde o dever de reconhecimento e respeito desse direito por parte dos demais. É que todo direito fundamental do homem encontra sua força e autoridade na lei natural, a qual, ao mesmo tempo que o confere, impõe também algum dever correspondente. Por conseguinte, os que reivindicam os próprios direitos, mas se esquecem por completo de seus deveres ou lhes dão menor atenção, assemelham-se a quem constrói um edifício com uma das mãos e, com a outra, o destrói” (VATICANO. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. Papa João XXIII. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em: 21 jul. 2019).

Nessa nova concepção, tornou-se muito marcante a consciência do inarredável respeito aos deveres como elemento de sucesso no enfrentamento da problemática⁶⁴.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu inúmeros mecanismos de compatibilização entre os interesses sociais e individuais, promovendo diálogo com intuito de alcançar melhor desenvolvimento nacional e o bem-estar de seus cidadãos, diferenciados dos até então conquistados. Para tanto, consagrou, já em seu Preâmbulo, a fraternidade como fator determinante de comportamentos individuais com vistas aos interesses coletivos.

Carlos Ayres Britto (2007, p. 98), ao aludir à fraternidade, assente a relevância da liberdade e da igualdade, e, diante da necessidade de harmonizar seus extremos, enfatiza que “a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este o fascínio, o mistério, o milagre da vida” (BRITTO, 2007, p. 98).

É natural que a utilização da fraternidade como axioma contribua para a construção de uma sociedade que une o singular e o plural, sendo por isso mais coesa e justa, na qual direitos e deveres são respeitados em igual patamar, a fim de que, diante de condições reais de desenvolvimento e oportunidades de autorrealização, a dignidade do homem seja tal a ponto de contribuir positivamente para a sociedade (KUNDE; REIS, 2018).

Os valores que norteiam a Constituição brasileira são cânones de interpretação, que orientam o Estado na formulação de políticas públicas, bem como guiam a interação da sociedade civil para que se firme uma comunidade pluralista e sem preconceitos.

Importante ressaltar que a fraternidade, por estar contida no Preâmbulo da Constituição Federal, deve ser considerada uma diretriz política que expressa a vontade da Constituinte, e por isso deve ser utilizada como diretriz interpretativa.

O Estado Democrático de Direito tem por escopo assegurar o exercício de determinados valores expressos pela Carta Maior. O emprego do signo “assegurar”

⁶⁴Artigo 29: 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos do homem. 1948. Disponível em: www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 21 ago. 2020).

no prólogo da Constituição prescreve ação em benefício de seus destinatários e especificamente aponta os valores destinados a assegurar o “[...] exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988).

No entanto, esse entendimento encontra muitas resistências, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal delimitou sua dimensão apenas ao campo político, retirando-lhe o status jurídico⁶⁵.

Em que pese a autoridade máxima representada pelo Supremo Tribunal Federal, discorda-se do referido entendimento. O princípio da interpretação conforme a Constituição torna inegável que o Preâmbulo integra o documento máximo do ordenamento brasileiro e, expressando tal desiderato, prescreve diretrizes para interpretação e aplicação do Direito⁶⁶.

Sendo assim, a Constituição do Brasil de 1988 assume tal compromisso já em seu Preâmbulo, referindo seu desiderato de perseguir, com a garantia de determinados valores, a sociedade fraterna, indicando como objetivo fundamental, além dos tradicionais e clássicos misteres estatais como a liberdade e a igualdade, a construção de uma sociedade solidária (MACHADO, 2017, p. 129).

⁶⁵No julgamento do ADI 2.076/AC, o Supremo Tribunal Federal declarou a irrelevância jurídica do Preâmbulo, pois apesar de citar vários princípios norteadores da Constituição, não pode ser considerado parte juridicamente integrante da Constituição. É o fundamento que se extrai do voto do Relator Ministro Carlos Velloso: “O preâmbulo ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. [...] O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076/AC*, Requerente: Partido Social Liberal; Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 15 ago. 2002. Dje: 08 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 22 jun. 2021).

⁶⁶ Em julgamentos posteriores à ADI 2.076/AC, o STF utilizou a fraternidade como instrumento de harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais, demonstrando a sua importância enquanto categoria jurídica: ADI 4277, que reconheceu a união estável entre pessoas de mesmo sexo como entidade familiar, em que Relator o Ministro Ayres Britto, julgamento ocorrido em 05 mai. 2011; ADPF 186, que tratou das cotas raciais em que Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento ocorrido em: 26 abr. 2012; ADI 5357, que reconheceu a constitucionalidade dos artigos 28 e 30 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 09 jun. 2016; ADI’s 6586 e 6587, que julgou a constitucionalidade da vacinação obrigatória sob a ótica das relações de trabalho, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgadas em 20 dez. 2020; ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário do STF. Julgamento: 07 abr. 2021. Todos os julgados estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>.

Na esteira desses valores máximos preconizados pela Norma Suprema, a fraternidade se consolida como valor ético-moral a instigar toda a interpretação das normas jurídicas, trazendo dispositivos “que entrelaçam direitos do homem garantidos pelo ordenamento nacional e a fraternidade como princípio facilitador do seu alcance” (SPENGLER, 2018, p.106).

A fraternidade afirma-se, portanto, como elo entre o direito de liberdade e o igual direito de viver com dignidade, alicerçando o princípio da solidariedade como alicerce da sociedade fraterna. Isso porque transcendendo a dignidade inclusive os limites da irradiação jurídica da soberania estatal, é justamente por meio da sua garantia incondicional que a fraternidade será alcançada (MACHADO, 2017).

Igualmente no âmbito desse entendimento, Norberto Bobbio (2004, p. 25) alerta para a necessidade de se conferir efetividade aos direitos conquistados indicando um “dever fazer”. Desde seus escritos em *Era dos Direitos*, em 1992, o autor salientava que a fundamentação dos direitos da pessoa já era questão superada, mas estes exigiam (e exigem) real proteção. O jurista reflexiona, ainda, sobre a necessidade de se estabelecer um modo mais seguro no exercício pleno da titularidade dos direitos fundamentais para “impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 25).

Em outras palavras, constata-se a relevância da concretização dos direitos fundamentais porque “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo real” (SARMENTO, 2006, p. 04). Eles materializam-se através de realidades históricas construídas paulatinamente, suscetíveis às mutações políticas, sociais e culturais, modificando a forma como tais direitos são encarados (SARMENTO, 2006).

Necessário, portanto, que o debate permeie o campo das garantias desses mesmos direitos, quadro que evidencia a relevância do princípio da solidariedade.

Na esteira do que se já se abordou no quarto capítulo quanto à superação da clássica teoria dos contratos, importante mencionar que a edificação da sociedade justa e livre exige a desconstrução da supremacia da propriedade, liberdade individual e economia capitalista. A arquitetura em novos pilares, pois, ocorre com a adoção das novas diretrizes constitucionais, ampliando-se a tutela com o acréscimo da busca pela justiça, a ser alcançada pelo dever jurídico de ser solidário.

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para se garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados (MORAES, 2016, p. 247).

Alicerçada no Preâmbulo da Constituição Federal, a fraternidade é o valor ético-moral que serve de motor às relações sociais, ou seja, é o compromisso com o comunitário, é pensar além de si próprio. A solidariedade, por sua vez, elevada à potência de objetivo da República brasileira, é um compromisso proativo no sentido de atuar com a finalidade de tornar a sociedade (fraterna) mais justa, livre e solidária.

Assim, a sociedade justa, livre e solidária é uma realidade a ser fruída pela coletividade, e não por seus componentes considerados separadamente. Por isso, a aplicação do Direito contemporâneo se dá mediante relações pautadas por um fluir, de modo que ao se aplicar o Direito Privado, por exemplo, se está a aplicar a própria Constituição (SARLET, 2005).

Nessa linha de pensamento, afirma Comparato (2006, p. 581) que, enquanto liberdade e igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne no seio da mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio, ao passo que, no plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum (COMPARATO, 2006).

Por isso, o princípio da solidariedade não se contrapõe à liberdade. Ele delinea a autonomia privada ao reger as relações, consagrando-se como um balizador indispensável na ponderação entre interesses. Por outro lado, havendo contraposição entre eles, a sociedade deve ser reverenciada, uma vez que condutas e comportamentos estão imbricados a consequências que atingirão um número indeterminado de pessoas.

Nesse sentido, realçando tal raciocínio no que toca à força normativa da Constituição, forçoso salientar que Konrad Hesse (1991, p. 19) sustenta que sua robustez não reside apenas na adaptação do texto a uma certa realidade, tal atributo identicamente condiciona essa factibilidade ao impor tarefas, exigindo-se, assim, que estas sejam efetivamente realizadas.

A ordem constitucional orienta os caminhos da sociedade civil de modo a torná-la inclusiva. O valor da solidariedade leva as pessoas à reflexão da função social do Direito, do Estado e, sobretudo, dos particulares, porque têm igualmente sua

parcela de responsabilidade na desigualdade instituída na civilização humana (CARDOSO, 2014).

Na busca pela sociedade cooperativa e aspirante ao bem comum, recorre-se ao preceito de que a Constituição deve “constituir-a-ação” para a ressignificação do outro, expressando não apenas o ser, mas sobretudo o “dever-ser” (STRECK, 2007, p. 120). É “mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência” (STRECK, 2007, p. 120), define-se como centro do debate a forma pela qual a Constituição deverá ser posta em prática, a fim de que seu conteúdo normativo não seja mera formalidade.

Nesse quadro, Di Lorenzo (2010, p. 132) afirma que a solidariedade, enquanto virtude, é um hábito pessoal em benefício do semelhante considerado tanto individualmente como parte de um grupo social maior; enquanto princípio social, implica a ação de todos empenhada na promoção da realização da dignidade de todos. Por fim, conclui “só o desenvolvimento solidário da humanidade gera ou proporciona o desenvolvimento integral da pessoa, de todas as pessoas e de cada uma delas em particular” (DI LORENZO, 2010, p. 132).

O abandono do subjetivismo humano é ação urgente e tal deve ser realizado em benefício do idoso, com apoio na boa-fé objetiva, como se analisou na teoria contratual. A conduta balizada pela boa-fé evidencia a sociabilidade e estimula a cooperação para o alcance de expectativas, que não são quaisquer expectativas, mas sim as legítimas, assim consideradas as que respeitam direitos e observem deveres.

A justa proteção à autonomia individual no ambiente essencialmente privado não legitima o particular a permanecer inerte sob o pretexto de aguardar pelo Estado. Ele próprio deve se utilizar da motricidade do princípio e perseguir a concretização de direitos, pois quando membros de uma sociedade agem em prol de um coletivo, eleva-se ao posto máximo a dignidade da pessoa.

Tal conduta precisa ser um dever a ser observado em cada situação concreta, atuando, inclusive, como instrumento de saneamento de demandas judiciais, por exemplo, uma vez que a lei brasileira já apresenta os mecanismos de efetivação, sem que haja necessidade de criação de outras leis mais específicas. Trata-se, portanto, de compreender a dimensão do princípio para que, horizontalmente, por meio do liame psicológico entre a boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, transmute-se a solidariedade como dever de conduta contratual ativo.

O Direito não obriga os jurisdicionados a serem altruístas. Porém, diante da análise crítica de sua funcionalidade, pode condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas.

Uma vez que todos são merecedores de viver em condições de desenvolvimento, bem-estar e paz, triunfa, pois, o dever de solidariedade. A pessoa é chamada a exercer seus direitos não apenas em atitude de respeito para com o próximo, mas também com a capacidade de compartilhar direitos ou até mesmo abdicar dos seus ou parte deles em benefício alheio.

Abandonada a ideia de solidariedade como virtude apenas, analisando-se o ordenamento com novas lentes, sua eficácia jurídica se humaniza e ultrapassa a perspectiva utópica, ainda cultuada por muitos no âmbito do Direito Privado.

O desequilíbrio do mercado é inegável, vigorosamente fomentado pela grande desigualdade no poder de contratar do vulnerável. Como defesa do idoso, apresenta-se o remédio da observância dos deveres, como se passará a analisar no próximo tópico.

5.3 Dignidade ao alcance de todos: a solidariedade como dever dos atores privados na persecução dos objetivos constitucionais para a construção da sociedade livre, justa e solidária

A solidariedade, para além do conceito jurídico, é também definida como um comando ético. É ação humana justa realizada a partir da consideração do outro, fundada não só no respeito e fraternidade, mas sobretudo na compreensão da interdependência mútua entre homem e sociedade.

Na busca para garantir a realização dos direitos fundamentais, desvelaram-se os obstáculos à efetivação, pois esse sistema complexo, que articula pessoas e atividades humanas, exige mecanismos dinâmicos que incrementem e fomentem a coexistência harmônica entre seus membros. Esse papel deve ser desempenhado pelos princípios, verdadeiros pontos de ligação entre os novos valores e a efetivação de direitos.

A Constituição de 1988 não se limitou a estabelecer a forma organizacional do Estado, assegurar direitos individuais, instituir um regime democrático, nem a prescrever as regras para tornar a democracia possível: acolheu valores como

dignidade da pessoa humana e solidariedade, preparando o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico (SARMENTO, 2006).

Entretanto, se a Constituição confere unidade à ordem jurídica, essa ideia também se projeta sobre ela própria. Isso implica harmonizar os seus ditames na tarefa de interpretação ou de aplicação a casos concretos, o que, mormente, demonstra a necessidade de harmonizar as tensões entre os direitos (constitucionais) a concretizar.

Entretanto, direitos fundamentais não pairam sobre o ordenamento jurídico, e intenções não lhes conferem efetividade, é preciso dinamicidade para alcançar realização da pessoa humana como célula integrada da sociedade, alcançando um novo significado a partir de um conceito amplo e plural sem diluir suas reais necessidades, assegurando-se, assim, a vivência em comunidade sob a titularidade de igual dignidade (KUNDE; REIS, 2018).

Forçoso, pois, reconhecer-se que a solidariedade, como princípio constitucional, compõe um dos pilares de sustentação do ordenamento jurídico brasileiro, pois que reconhecida como objetivo republicano, sendo possível atribuir-lhe a classificação de Canotilho (2003) quanto ao fato de ser estruturante, isto é, “[os princípios] constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político” (CANOTILHO, 2003, p. 1173).

A perseguição dos propósitos de justiça e liberdade encontra seu pragmatismo no vocábulo “construir” utilizado na Constituição brasileira, em que as formas de justiça distributiva e retributiva sejam fatores de dignificação da pessoa e o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifiquem a sociedade fundada no bem comum.

A decorrência lógica das intersecções entre o Público e o Privado rejeita a ideia de que a incidência dos valores constitucionais se limita pela (primazia da) autonomia privada, o que implicaria reconhecer a grandeza da Constituição somente até os limites do Privado (que reafirma a sua superioridade). Sob o pálio da Lei Máxima, inverte-se o raciocínio, porque a conformação a parâmetros materiais de justiça aponta claramente a solidariedade como dever.

Quanto à teoria contratual em que a legislação concede muitos “direitos a ter direitos”, percebe-se que há mais exclusão do que acesso. Nesse sentido, o projeto da modernidade ruma para a eliminação da desigualdade fundada no poder

econômico, ao qual todos se subordinam em razão da subjugação promovida pela assimetria dominante.

A solidariedade, portanto, é o fio condutor que perpassa o Constitucionalismo Contemporâneo. Desempenha um importante papel na regulação da liberdade para que esta não se torne o arbítrio do mais forte, assim como calibra a igualdade para que não degenerem em igualitarismo opressor.

A consequência será a conformação recíproca das normas de aplicação concorrentes no caso concreto, sem que disso resulte o afastamento de uma ou mais normas; busca-se, portanto, o equilíbrio, uma vez que resgata a ideia de que a pessoa é um ser social. Ao contrário do que o pensamento essencialmente liberal possa induzir, essa perspectiva não desqualifica o valor das conquistas individuais. Pelo contrário, complementa-as e as fortalece porque reafirma a dimensão social como instrumento de desenvolvimento humano.

A solidariedade, na perspectiva privada, não funciona tão-somente como um impositivo no agir humano para o alcance do bem comum, ela extrapola essa visão simplista ao integrar a esfera de liberdade daqueles que se imiscuem, por vontade própria, com a igualdade entre todos.

Nesse sentido, Casalta Nabais (2007, p. 134) identifica que a solidariedade, em seu sentido objetivo, alude à partilha e corresponsabilidade que une os indivíduos à sorte e às vicissitudes dos demais membros da comunidade, e, em sentido subjetivo, exprime o sentimento e a consciência dessa mesma pertença à comunidade.

A solidariedade horizontal é, de certo modo, um fracasso da estadualidade social. Não porque ao Estado falta capacidade técnica, humana ou financeira, mas sobretudo porque lhe faltam os elementos de humanidade que somente a sociedade civil e cada um de seus membros, individual ou coletivamente, estão em condições de proporcionar (NABAIS, 2007) O chamado, portanto, é inescusável.

Para que se amplie a visão da ingerência da solidariedade, basta que se analise uma relação contratual. A liberdade daquele que primeiro manifestou a sua vontade está em conformidade com seu querer íntimo; conseqüentemente, a outra parte, interpretando a exteriorização daquela conduta, manifesta, por sua vez, a vontade conforme o direcionamento das informações prestadas pelo primeiro. Se considerada apenas a liberdade dos envolvidos, identifica-se claramente uma dificuldade de compatibilização de interesses, porque apontam soluções antagônicas quando se trata de um desequilíbrio na liberdade e igualdade. Chega-se, portanto, à

conclusão de que a aplicação do princípio da solidariedade é indispensável para estabelecer equilíbrio. O equilíbrio, nesse contexto, não é apenas a condição para que se ultime o fim precípua do contrato, que é seu cumprimento, é também a reconstrução do mercado de consumo, calcado em bases mais éticas para a oferta do crédito, assim como na elaboração de cláusulas contratuais suficientes para atingir a finalidade pela qual o idoso contrata. Ao par disso, considerados os fins socialmente relevantes, implica a prevenção do superendividamento que, ao fim e ao cabo, reverbera positivamente para a sociedade.

Diante das controvérsias apontadas, não basta analisar o conteúdo entre o querer íntimo de um e a compreensão da vontade declarada pelo outro. É imprescindível que a análise recaia sobre o comportamento das partes na constituição dessa obrigação contratual e também como foi o agir nessa execução – o que denota a boa-fé objetiva. Em outras palavras, consumidor idoso e fornecedor do crédito devem se pautar pela lealdade mútua a partir de um mínimo ético existencial que, diante de qualquer dificuldade, impõe o dever de esclarecer a intenção (objetiva) ou sanar a conduta.

O reconhecimento do direito de uma pessoa a partir da premissa de que também ele se constitui como dever de outrem, e vice-versa, demonstra a superação do virtuosismo, atingindo-se a esfera jurídica, porque ser solidário é condição de ser cidadão.

Nessa óptica, é obrigatório agregar ao conceito de solidariedade a aceitação da diversidade, pois não há sociedade solidária sem o reconhecimento de sua natureza plural. Caso a sociedade brasileira já se pautasse pela observância rigorosa da igualdade formal e material, a solidariedade seria da essência da convivência entre todos, já que as pessoas, dispostas a dividir a responsabilidade em problemas comuns, compartilhariam os mesmos interesses relativamente ao bem comunitário.

No momento em que o exercício de direitos subjetivos é invocado, não está desatrelado de qualquer limite, mas sim vinculado aos objetivos, fundamentos e princípios estabelecidos pela Constituição. Desse modo, comprova sua submissão a elementos balizadores que, no caso da solidariedade, estão unificados em prol do objetivo de diminuição das desigualdades sociais e da garantia de condições mínimas para uma vida digna.

Muito embora haja uma inegável vinculação entre a solidariedade e valores morais e cristãos nas sociedades ocidentais, a perspectiva atual é de que o princípio

ultrapassa tais referenciais, pois a ausência de coercibilidade jurídica esvaziaria sua tarefa no Estado Democrático de Direito. Seria o mesmo que subordinar a Constituição ao desejo interno do jurisdicionado com base em sua consciência e altruísmo, o que converteria o projeto constitucional em uma quimera jurídica na esfera das relações intersubjetivas.

Em se tratando a solidariedade de norma-princípio, tem força normativa para a concretização da dignidade no sentido de harmonizar valores aparentemente colidentes entre a liberdade econômica e os direitos fundamentais das pessoas.

Na construção da solidariedade como instrumento de concretização, é importante analisar que ela se converte também em dever de tolerar e respeitar as diferenças, já que norma de interesse público. Segundo a mais consentânea interpretação conforme a Constituição, o princípio equivale ao “instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem” (MORAES, 2007, p. 105), assim como, em relação às aptidões pessoais, sua “pretensão de ser colocado em condições idôneas, [...] assumindo a posição a estas correspondentes” (MORAES, 2007, p. 105).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006b, p. 25) cauciona como pressuposto da solidariedade o reconhecimento da interdependência humana, exigindo o respeito à diferença na medida em que a pessoa compreende que o outro também pertence ao mundo, estabelecendo uma responsabilidade que não se vincula somente à reciprocidade (MORAES, 2006b, p. 25). Em outras palavras, significa que a pessoa solidária é aquela que admite a diversidade, não enxergando o outro somente nas situações em que haja concordância ou compartilhamento de interesses.

Sendo a dignidade da pessoa humana o princípio cardeal do ordenamento, é preciso utilizar uma medida de ponderação entre os valores de liberdade individual e solidariedade. Os efeitos decorrerão dos interesses envolvidos no caso concreto, ora pendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá, além dos interesses envolvidos, também das consequências perante terceiros, determinando a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida (MORAES, 2006a, p. 175-176).

O reconhecimento do “outro” como reconhecimento e respeito que se deve a cada um, tão-somente pelo fato de ser pessoa, é um valor adquirido muito recentemente na história da humanidade, valor que tem como pressuposto inarredável o Estado Democrático de Direito. Ao imputar ao Estado, e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma ‘sociedade solidária’

através da distribuição da justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de exigibilidade. Criou, assim, o Estado Democrático e Social de Direito, tanto por atribuir valor social à livre iniciativa, como por projetar a erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras disposições (MORAES, 2006b, p. 175).

O dever de solidariedade, portanto, origina uma nova ética, não a antropocêntrica ou individualista, centrada nos efeitos imediatos das ações, mas um proceder com responsabilidade, voltado para o futuro, o que se coaduna perfeitamente com o comando constitucional.

Antes, porém, de se adentrar especificamente no dever de solidariedade, é preciso traçar os contornos do que sejam os deveres fundamentais, que guardam relação com os direitos fundamentais. Além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa humana na sua individualidade, também representam valores de uma comunidade, valores estes que devem ser respeitados tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

Por isso, não se olvida que todos os direitos devem se pautar pela consideração recíproca. Erigir novas perspectivas é necessário para que ocorram as mudanças positivas no comportamento da sociedade para a concretização dos direitos fundamentais. Nessa linha, os deveres surgem como um caminho também necessário a ser trilhado para que a efetividade seja alcançada.

Casalta Nabais (2004, p. 15-31) assinala que o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente um dos mais esquecidos na teoria constitucional contemporânea, em decorrência das relações pessoa-Estado desenvolvidas ao longo da História. Enfatiza o autor que, em face da queda dos regimes totalitários europeus, os modelos constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial tiveram como principal preocupação o tratamento dominante dos direitos e dos limites do poder estatal, primando pela liberdade e autonomia das pessoas. Por esse motivo, os deveres fundamentais permaneceram à margem, afastando a responsabilidade comunitária da pessoa (NABAIS, 2004).

Na perspectiva do Estado Liberal, os deveres fundamentais são representados, essencialmente, pela defesa da pátria e a obrigação de pagar impostos, bem como direitos relativos à liberdade e propriedade. No modelo de Estado Social surgem encargos econômicos, sociais e culturais, como, por exemplo, “dever de educação dos filhos pelos pais, dever de prestar serviço ao Estado, dever de cultivo

e exploração do solo, etc.”, sendo possível se afirmar que tais deveres “refletem a ação e interação dos cidadãos com o Estado” (NABAIS, 2004, p. 48, p. 53).

Também há um certo consenso em sustentar que essa preferência é herança do Estado Liberal, da necessidade que se teve de assegurar direitos (principalmente de liberdade) em face do Estado. Todavia, é importante considerar que a natureza humana, fundada no individualismo, e a forma como organizada enquanto sociedade, é a nascente dessa preferência.

Conceituando deveres fundamentais, Peces-Barba (1987, p. 12-17) afirma que são deveres jurídicos relativos a dimensões básicas da vida do homem na sociedade, notadamente a bens de satisfação de necessidades básicas ou exercício de direitos fundamentais no âmbito constitucional.

Na visão de Casalta Nabais (2004, p. 64), deveres fundamentais são “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. Na teoria do autor lusitano é que se fundamenta a presente tese quanto à juridicidade do princípio da solidariedade a dar robusto grau de exigência de sua aplicabilidade nas relações interprivadas.

O Estado Democrático, por estar comprometido com a dignidade da pessoa humana, tem soberania para, constitucionalmente, estabelecer deveres fundamentais para que a pessoa não seja transformada em objeto, isto é, titular de muitos deveres e poucos direitos. Por isso, o Estado proporciona uma opção menos individualista e mais comunitária de seus cidadãos para que haja a subsistência e funcionamento da sociedade organizada, direcionados à realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica em geral da comunidade (NABAIS, 2004).

Tendo em vista os aspectos destacados, pode-se concluir que, em uma sociedade democrática fundada na dignidade da pessoa humana, os deveres dimanam da soberania estatal, a fim de evitar a tirania sobre a pessoa tão naturalizada até a metade do século XX. Ao mesmo tempo, dado o Constitucionalismo Contemporâneo, os particulares são integrantes dessa tarefa.

Também por esse motivo, os deveres podem ser implicitamente consagrados na Constituição, inclusive por meio do reconhecimento e garantia de direitos fundamentais.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2012, n.p.), a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual, e mais do que nunca deve ser levada a sério, pois a

Constituição Federal, em seu artigo 5º, mencionou expressamente “direitos e deveres”. O extenso rol descrito no capítulo I de *direitos e deveres individuais e coletivos* indica, portanto, que a todos os direitos ali previstos (assim como os pulverizados ao longo do texto constitucional) há recíprocos deveres.

Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva (2012, p. 196) entende desnecessária declaração constitucional de deveres ao povo. Enfatiza que estes decorrem do dever individual de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como de se comportar nas relações interpessoais “com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada com a sua própria” (SILVA, 2012, p. 196).

Reconhecer a importância de um Direito cosmopolita que se preocupe com o desenvolvimento humano universal, que defenda questões que transpassem as fronteiras dos Estados e necessariamente superem a lógica individualista, do grupo ou etnia (SPENGLER, 2018), é imprescindível. Os deveres não são, portanto, adornos ou meros instrumentos de retórica.

Não se pode deixar de observar que, dado o momento histórico vivido quando da promulgação da Constituição de 1988, que buscava concretizar a libertação de um regime militar extremamente limitador de direitos civis, a maioria dos deveres fundamentais têm como destinatário o Poder Público. No entanto, a Constituição foi impondo sua autoridade como norma máxima e, por tudo quanto já analisado acerca da constitucionalização do Direito Privado, atualmente os deveres fundamentais são exigíveis nas relações interprivadas, como instrumentos de mobilização da pessoa para a realização do bem comum.

Para delinear o que se entende por dever fundamental, é relevante, ainda, estabelecer o contraste com a categoria de obrigações jurídicas. Em outras palavras, significa que, para ser exigível, a obrigação sujeita-se ao exercício de um direito para cumprimento espontâneo ou forçado pela outra parte; já o dever, por se tratar de valor essencial, independe do direito de outra parte, pois o fazer ou não fazer é impositivo, por decorrer de um valor intrínseco e incondicional.

Significa, portanto, que se tais contornos indicam que por um lado há direitos e, por outro lado, deveres para o titular, servem tanto para sujeitar como para socorrer. Isso porque esse mínimo de solidariedade exigível para a vida social obriga as pessoas a mutuamente se respeitarem, a não causarem danos umas às outras, bem como não viver às custas das demais. Este último, inclusive, sobressai-se quando se

analisa o lucro altíssimo dos fornecedores de crédito na situação do idoso superendividado, fato perceptível por toda a sociedade, que não pode permanecer alheia ao grave problema.

Aspecto importante é ressaltar que, na esteira de que os deveres fundamentais são correlatos aos direitos fundamentais, poder-se-ia concluir, após análise superficial, que haveria uma relação de oposição em face da conotação negativa que se tem dos primeiros. No entanto, verdadeiramente os deveres concretizam os direitos fundamentais, pois estão a serviço da dignidade, posto que instrumentalizam a autodeterminação e a realização plena da pessoa humana.

Essa ideia viabiliza respeitar o outro em sua alteridade. Tal reconhecimento no âmbito das relações privadas torna-se o grande desafio na compreensão dos deveres fundamentais e sua aplicabilidade.

A perspectiva solipsista da sociedade ocidental deve ruir em face das concepções de fraternidade, solidariedade, responsabilidade e cooperação quando se amplia a perspectiva: a alteridade, em que arrimados os deveres fundamentais.

Cabe notar, ainda, a limitação do conteúdo dos direitos pelos deveres e vice-versa. Nabais (2004, p. 122) ressalta que os deveres fundamentais cingem, pela sua natureza, a esfera de liberdade das pessoas, pois se constituem como limites às posições de vantagens para que se mantenha a harmonia na composição de interesses opostos. Evita-se, assim, a prevalência dos interesses de uma das partes, o que acaba por restringir o conteúdo das liberdades individuais.

Nesse sentido, a intervenção do Estado nas práticas privadas está legitimada, assim como a atuação dos particulares em benefício de outros particulares, resta institucionalizada.

Quanto à limitação dos deveres fundamentais pelos direitos, no que lhe concerne, impedem que aqueles sejam excessivamente perseguidos a ponto de ferir direitos, notadamente os que ultrapassam o permissivo constitucional (Nabais, 2004, p. 125).

Ainda que brevemente realçados os aspectos da doutrina dos deveres fundamentais do jurista português, destaca-se a sua relevância em uma sociedade democrática, pois exercitar direitos fundamentais sem o devido cumprimento dos deveres é se deparar com uma sociedade desvinculada da perspectiva de solidariedade social.

Sendo a solidariedade objetivo da República a refletir diretamente na construção da sociedade mais livre e justa pela minimização das diferenças, ela passa a ser um dever porque promove diretamente a dignidade. O que lhe confere (ao dever de solidariedade) o caráter de fundamental é justamente a sua natureza promotora de direitos fundamentais, comprovando, assim, a relação indelével e recíproca entre direitos e deveres.

Nesse passo, o cumprimento do projeto constitucional não pode ser delegado apenas ao Estado e à lei, deve abranger de igual modo as relações privadas. O Estado necessita da colaboração dos seus componentes para que não se viva no caos, bem como para evitar que os direitos sejam meras abstrações. O próximo capítulo proporá alteração legislativa no Código de Defesa do Consumidor justamente na persecução do que acima afirmado.

Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais não se fundamentam apenas na ordem subjetiva das liberdades ou direitos de outros particulares, como preconiza a teoria liberal burguesa, mas também se moderam por razões de ordem objetiva, consubstanciadas nas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (NABAIS, 2004).

Nesse ponto, calha resgatar o sistema ético de Immanuel Kant, baseado em princípios e normas que ordenam o agir humano (e não suas consequências, o que desembocaria no utilitarismo). Baseado na “razão prática pura” (KANT, 2018), a validade objetiva da moralidade não mais foi encontrada na natureza ou na comunidade, na vontade divina ou no sentimento moral, ou ainda no desejo de felicidade. A autolegislação, que o filósofo define como autonomia, é a capacidade humana de construir um sistema ético válido universalmente, o que difere da simples obediência da pessoa à lei, conforme seus interesses egoísticos.

Além disso, os deveres fundamentais também são identificados em Immanuel Kant. Embora definisse ele que a pessoa é um fim em si mesmo, da máxima moral expressa na ação individual como lei universal é possível extrair o critério intersubjetivo a partir da relação básica da pessoa com os demais. Alie-se a isso, ainda, que Kant, ao afirmar que a partir de seu próprio agir a pessoa também deve considerar a humanidade como fim e não meio, extrai-se a obrigatoriedade de assumir a perspectiva do outro enquanto fim a ser alcançado como resposta à adequação de um comportamento subjetivo (Kant, 2018).

Como visto, na filosofia kantiana, a premissa é o dever de não tratar as pessoas como meros meios ou objetos, o que desloca a perspectiva também para o outro, representando, assim, a solidariedade. Em outras palavras, a construção de um ideal de dignidade depende da participação ativa de todos como via de concretização de valores em relação ao outro. Em torno dos deveres (jurídicos) gravitam necessariamente a pessoa e a humanidade considerada como um todo, levando ao afastamento natural do egoísmo e individualismo na área do Direito.

Nessa trilha, a pessoa autossuficiente vai sendo superada pelo avanço da humanidade porque incapaz de tudo conhecer. Em suma, o imperativo categórico da consciência (sociológica) é: “prepare-se para cumprir de modo útil uma função determinada”, conforme afirmado por Durkheim (2007, p. 50).

A pacificação da sociedade mediante a distribuição da justiça na sociedade livre e solidária pressupõe o exercício da liberdade concomitantemente com a liberdade de todos. O direito consistirá na limitação da liberdade de alguém a fim de tornar a coexistência de todos possível sob o albergue de uma lei universal.

O cidadão deve se solidarizar com os direitos dos demais, sendo o princípio da solidariedade o elo entre direitos e deveres, porque o homem existe por conta de seu semelhante. Todos são merecedores de direitos que, na persecução do bem comum, devem ser acrescidos da responsabilidade “eu-tu”.

Seguindo a orientação constitucional, as relações sociais passam a ser protegidas pelo Direito sob essa nova égide. As partes envolvidas deixam de ser as únicas peças importantes, eis que os negócios jurídicos produzem também efeitos mediatos que envolvem terceiros, efeitos que extrapolam a esfera patrimonial e trazem também conteúdo existencial, pois a autodeterminação da pessoa excede esse conteúdo.

Além disso, como já afirmado anteriormente, a relação contratual, representativa da liberdade econômica, não deve ser apenas fonte legitimadora da dignidade da pessoa, mas sim o espaço onde deverá se materializar.

Nessa toada, as decisões excedem os limites da relação intersubjetiva e produzem efeitos jurídicos também na esfera alheia e coletiva, pois o esforço comum é o marco regulatório para a construção de uma sociedade fraterna. Diante de tais alterações, o Direito Privado deixou de ser o primado da vontade individual, assim como o Direito Público não mais se inspira na subordinação do cidadão.

Sendo a dignidade da pessoa humana referencial principiológico, a ética de responsabilidade é igualmente um fator relevante a ser analisado. Cabe trazer à baila o conceito de responsabilidade que cada um dos brasileiros tem para com a comunidade que integra e como parte de uma nação ocupada em minimizar as diferenças materiais e sociais, buscando a maior igualdade possível.

No entanto, não se trata apenas do conceito clássico de responsabilidade, que atribui ao indivíduo os encargos e as consequências das condutas realizadas. Vale destacar que a responsabilidade do século XXI contém um imperativo ético no sentido de compromissar a pessoa por meio de um dever de agir em benefício de outra e também das demais que compõem a coletividade.

Oportuno complementar o imperativo categórico de Kant⁶⁷ com a teoria desenvolvida por Hans Jonas (2006, p. 47), integralizando e qualificando o agir humano a um exercício geral da comunidade, no sentido de que a lógica de “poder” e “não poder” expresse compatibilidade ou incompatibilidade, e não uma aprovação ou reprovação moral.

Por essa premissa, Jonas compõe um inaudito agir humano: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra” (JONAS, 2006, p. 47-48). De outra forma, o comando categórico expresso negativamente: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” (JONAS, 2006, p. 47-48).

Para apreender mais amplamente o pensamento jonasiano e integrá-lo aos propósitos pesquisados nesta tese, é preciso repisar que, enquanto Kant exortava a pessoa a se voltar para si, ponderando se haveria coerência ou incoerência caso seu desejo individual fosse transformado em lei geral, o que orientaria a escolha privada, Jonas amplia a relevância da escolha ao considerar, principalmente, seus efeitos. Segundo ele, esse agir é o que torna a escolha efetivamente lei geral para todos e promove consequências reais. Desse modo, acresce ao horizonte moral de Kant o pressuposto temporal, o que consubstancia um futuro mais palpável, rumando à concretização das relações equilibradas envolvendo vulneráveis.

Sob esse pano de fundo, é possível aferir a relevância da integração de ambos os pensamentos teóricos para fundamentar uma especial atenção à prevenção do

⁶⁷ Kant afirmava: “Aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral”.

superendividamento, um problema social que se projeta no tempo, produzindo efeitos nocivos para além do contrato, mas cuja nascente já se observa na fase que precede a contratação.

Nessa amplitude, há dever incondicional de observar a responsabilidade comum de promover a existência humana livre e autônoma, implicando, portanto, em deveres. E aqui está o ponto de diferença entre Kant e Jonas (porém não excludente): aquele considera o ser humano em relação aos demais, mas tendo como ponto de partida si próprio; este soma o atributo temporal à responsabilidade e remete as consequências dos atos individuais para o futuro, considerando não apenas a humanidade atual, mas a que está por vir, cuja existência digna depende do presente vivido responsavelmente.

Outro não é o desiderato da Constituição ao convocar os brasileiros para construir uma sociedade mais fraterna, por meio do equilíbrio da liberdade econômica e livre iniciativa com o respeito às vulnerabilidades.

Supera-se, assim, o comando do “dever ser” para se consagrar como “ser”, mesmo que os efeitos ainda não sejam vistos. Isso não afasta, em absoluto, a sua concretização, pois, como tem ocorrido ao longo do desenvolvimento da humanidade, atos pretéritos foram o campo fértil para as conquistas da modernidade.

Superado o interesse meramente utilitário, congrega-se a condição global da vida humana e o futuro distante, vindicando uma nova concepção de vida por meio da releitura de direitos e deveres.

Esse mínimo de responsabilidade social, direcionado pelo empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais, implica que o exercício das liberdades individuais gera deveres jurídicos, e não apenas morais, de respeito aos valores constitucionais, inclusive na esfera privada, legitimando e justificando a limitação dos direitos fundamentais.

Assim, este novo Direito Privado, que tem como premissa a dessemelhança calcada na proteção da pessoa humana em busca da felicidade, traduz a essência de um novo pensamento que é a inclusão, e não a exclusão do diferente. Requer, portanto, a investigação de ferramentas e instrumentos que alcancem efetividade nas relações cotidianas, o que se investigará no próximo capítulo, que analisará as relevantes modificações introduzidas pela Lei 14.181/2021 (PL 3515/2015) no Código de Defesa do Consumidor para refutar a hipótese de que a legislação existente é suficiente para promover os direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, proporá, com supedâneo nos fundamentos expostos, alteração legislativa como política pública para ampliar a efetividade da norma por meio da correção das distorções ainda identificadas nas relações contratuais de concessão de crédito consignado.

6 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI N. 14.181/2021: A POLÍTICA PÚBLICA PARA DETERMINAÇÃO DE CONDUTAS SOLIDARISTAS COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO IDOSO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DOS CONTRATOS DE CRÉDITO CONSIGNADO A FIM DE EVITAR O SUPERENDIVIDAMENTO E CONCRETIZAR A SUA DIGNIDADE

“Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”

Lacordaire

Uma sociedade liberal, caracterizada pela cinesia e fluidez, pela plasticidade de um mundo hipermoderno, online, hedonista, indiferente aos princípios estruturantes do ordenamento brasileiro, amaina, gradativamente, a racionalidade do consumidor. Os apelos da mídia, das estratégias digitais de cooptação indevida de dados pessoais pela indústria cultural, promoveram profundas transformações das mercadorias em necessidades, também pela mercancia do ser humano.

O pescador deseja o peixe, produto de seu esforço: lança a isca artificial na água, senta e aguarda, pacientemente, até que o peixe, cauteloso, nade e seja fígado. Há muitos pescadores e eles são astutos na variedade de iscas; mais cedo ou mais tarde, os peixes serão pegos.

A metáfora serve para ilustrar a “pescaria dos tolos” a que aludem George Akerlof e Robert Shiller (2016) para desmistificar o consumidor como soberano na condução do mercado. Afirmam os autores que, em realidade, o processo de consumo está muito mais relacionado a levar as pessoas a fazerem coisas que são de interesse do pescador, mas não de interesse do alvo. Com base nessa definição, um tolo é alguém que, por qualquer motivo, é pescado com sucesso, sob dois aspectos: psicológico ou informativo.

Os tolos psicológicos são aqueles que anulam as ordens de seu bom senso, suas inclinações cognitivas são como ilusões óticas que os levam a interpretar mal a realidade. Por outro lado, os tolos da informação agem em conformidade com as informações que são produzidas intencionalmente para enganá-los (AKERLOF; SHILLER, 2016).

Cresce, dentro dessa perspectiva, uma nova cultura de consumo caracterizada pela superprodução de signos e pela perda de referências, e, subvertendo a ideia de que o consumidor é o ator principal do mercado, exige que o direito consumerista lance novo olhar para a proteção dos direitos violados. O ritmo frenético das relações econômicas, carregadas de necessidades artificiais, assedia inescrupulosamente o consumidor e acirra as práticas abusivas e hostis de marketing.

Nesse panorama de necessidade ilusória de consumir produzida pela indústria do consumo, considerando que a Peic de julho de 2021⁶⁸ registrou o alarmante número de 63 milhões de endividados brasileiros (dentre os quais mais de 30 milhões estão superendividados)⁶⁹, é necessário perquirir como pessoas reais, tomando decisões reais, são “pescadas” como tolas a partir da criação, pelos agentes econômicos, de grandes modelos de comportamento para antever as peculiaridades do consumidor e adequar seus métodos para o futuro.

Diante dessa constatação, percebe-se o quão mais grave é a situação do idoso contratante do crédito consignado e por que a doutrina o classifica como hipervulnerável. A sua “tolice” tanto psicológica quanto informacional lhe permite aplicar apenas um pouco de seu próprio bom senso.

Tendo em vista o fenômeno negativo do superendividamento, próprio do século atual, desencadeado por inúmeros fatores já analisados anteriormente, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3515/2015, que redundou na Lei n. 14.181/2021, de 1 de julho de 2021.

A lei implementou importantíssimas modificações e, na esteira dos valores éticos já homenageados pela Constituição e pelo Código de Defesa do Consumidor, apresentou inovações quanto à proteção das novas massas de consumidores e novas tecnologias de contratação. O esforço dos idealizadores do projeto se deu pelo fato de as relações serem muito mais velozes e menos presenciais, despersonalizadas e ubíquas, resultando no reforço da imperatividade da aplicação da boa-fé objetiva e da

⁶⁸ Disponível em: https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/2021/08/Analise_Peic_julho_2021.pdf. Acesso em: 03 out. 2021.

⁶⁹ A Confederação Nacional de Comércio de Bens, Serviços e Turismo afirma que, apesar de preocupante, o resultado já era esperado, principalmente se levados em conta os impactos econômicos e sociais da pandemia do Covid-19, responsável pelo fechamento de vários setores e da conseqüente diminuição de renda de boa parte da população. De acordo com a instituição, mesmo com o repasse de auxílio emergencial do governo e o avanço na oferta de vagas de emprego, é natural que a regularização de dívidas seja um pouco mais lenta. Disponível em: <https://portal.comunique-se.com.br/264202-dados-apontam-que-o-numero-de-brasileiros-endividados-bateu-recorde-historico-em-abril-de-2021/>. Acesso em: 03 out. 2021.

função social dos contratos de consumo e crédito, para diminuir a exclusão social causada pelo superendividamento.

Entretanto, é inegável que já não se vê apenas o consumo, mas sim consumismo, tampouco “acesso ao crédito”, e sim “assédio” para o crédito.

A heteronomia entre consumo e consumismo, acesso ao crédito e assédio ao crédito intensificou-se com as práticas nocivas aos consumidores, levando-os ao endividamento por graves comprometimentos de seus rendimentos, sob a bandeira, do Poder Público, de que a facilitação do acesso e concessão do crédito é verdadeiro motor de consumo de massa, e um dos mais importantes instrumentos na luta contra o subconsumo e as ameaças de desaceleração da economia (LIMA, 2010).

Não se trata de envilecer o crédito. Sem dúvidas, ele é instrumento primordial para as relações econômicas, inclusive o direito fundamental de proteção a que faz jus o consumidor (art. 5º, XXXII) deve ser conjugado aos valores da livre iniciativa (art. 170, IV) para que as relações tenham um mínimo de equilíbrio. No entanto, a situação é alarmante a ponto de escravizar o devedor às dívidas contraídas.

A partir dessa premissa consolida-se a função social do Código de Defesa do Consumidor, ao qual se integra o Estatuto do Idoso, no sentido de utilizar instrumentos para prevenir o superendividamento da pessoa natural, de boa-fé.

Com a proposição legislativa apresentada ao final deste capítulo, pretende-se criar um instrumento de garantia de direitos do idoso consumidor em obediência aos pilares fundamentais de acesso ao crédito responsável, ao mesmo tempo que se favorece a educação financeira do consumidor, coibindo práticas comerciais abusivas, fragilizando a perniciosa e enganosa oferta facilitada e debelando o assédio de consumo agressivo.

Não há como se afirmar como os ventos soprarão, porém, o caminho trilhado até o momento é de vitória. As recentes atualizações são para aprimorar um sistema protetivo relativamente eficiente ao longo dos anos de existência do Código.

Diante de renovadas perspectivas, novos caminhos devem ser abertos pelos ventos favoráveis às mudanças positivas no comportamento da sociedade e no modo de encarar a concretização de direitos fundamentais, aprimorando o sistema consumerista que, diante das novas práticas, não vinha correspondendo com a eficiência que lhe foi característica ao longo da última década.

O compromisso por um país melhor e menos desigual é de todos, Estado, homens e sociedade. Por isso este conjunto de regras dedicadas especialmente à

concessão responsável do crédito que, gradualmente, ensejará a educação financeira e dará possibilidade de estabelecer a prevenção ao superendividamento.

O grave momento de crise financeira, política e ética que a nação brasileira atravessa conclama todos, diante do novo instrumental, a garantir a efetividade da lei mediante trabalho cooperativo, assegurando a efetividade da Constituição Federal, do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

É, em síntese, sobre tais questões que este capítulo se debruça.

6.1 O renovado Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade em tempos de superendividamento

A fim de se compreender bem a relevância da informação na concessão responsável de crédito, é preciso analisar, em linhas gerais, o quadro fático que caracteriza o superendividamento para então remontar-se à nascente do problema na fase pré-contratual do contrato de crédito consignado.

A bancarização da vida vai muito além da dependência do consumidor do sistema de compra e venda de produtos disponibilizados pelos bancos e instituições de crédito, a dependência moderna do sistema para realizar transações. Cartão de crédito, crédito rotativo do cartão, empréstimos pessoais, financiamentos, cheque especial, crédito consignado, seguros das mais variadas formas, títulos de capitalização, planos de previdência privada, aplicações financeiras representam a bancarização da vida, sedimentada no assédio intenso e constante para o consumo.

Conquistado o idoso, o fornecedor do crédito assume a missão de torná-lo cativo. Se o idoso dá ares de possibilidade de contratações futuras, serão utilizadas técnicas de conquista de confiança e gentileza, apenas com a finalidade de direcioná-lo a adquirir outros produtos e serviços desnecessários, mas nem por isso baratos.

O assédio se intensifica, isto é, não basta que a renda seja suficiente para o comprometimento futuro. Enquanto houver margem de crédito, estabelece-se como meta o aumento do consumo, ou seja, aumentar o nível de endividamento. Não se fala em aspectos negativos, expõe-se somente os benefícios que serão recebidos pela nova tomada de crédito.

Endividado, muitas vezes comprometendo significativa parcela de seu rendimento já no primeiro empréstimo consignado, o idoso aumenta a frequência com

que vai contratando sem nem ao menos avaliar a repercussão que a soma global das parcelas mensais vai gerar em sua vida. O redemoinho só é percebido quando apenas singela parte da sua aposentadoria ou pensão está disponível para saque. Nesse contexto, dificilmente o fornecedor do crédito vai oferecer alguma solução que não a novação da dívida mediante nova contratação. A maior perigo estará exposto o idoso sem margem para o consignado, pois terá de contratar uma nova modalidade de crédito com juros muito mais altos e encargos mais significativos, e, na falta do próprio provento como garantia, concederá a sua casa própria.

Na hipótese acima exposta, a incapacidade negocial do idoso tem efeitos nefastos, pois além do sério risco de perder a moradia, continuará superendividado.

Como já foi analisado, pela estabilidade alcançada em face do pagamento pela Previdência, o idoso tornou-se um consumidor altamente rentável em matéria de concessão de crédito. Os riscos são praticamente nulos, já que o pagamento das parcelas mensais é realizado diretamente na conta bancária. O perigo do crédito consignado está justamente na melhor garantia que o fornecedor do crédito pode ter: a inevitabilidade do desconto, que sendo vultuoso, faltará para as necessidades básicas, afetando, inclusive, seu mínimo existencial.

Em mais de três décadas de vigência, o Código de Defesa do Consumidor alcançou reais e efetivas conquistas, principalmente para os vulneráveis nas relações negociais, mas ainda restam muitos obstáculos para sua plena aplicação.

Verdadeiros direitos indisponíveis, uma vez que se inserem na ordem pública de proteção do consumidor (MIRAGEM, 2014), aos direitos básicos previstos no artigo 6º há os correspondentes deveres exigíveis dos fornecedores. A ligação negocial a um profissional é presumidamente desequilibrada pela vulnerabilidade do consumidor, razão pela qual maior proteção lhe é dispensada no bojo do contrato.

Da mesma forma que a sociedade sofreu a transformação de industrial para de consumo, o assombroso consumismo transformou os hábitos humanos nas últimas décadas. O ato de consumir passa da perspectiva comercial para um prisma jurídico porque os excessos geram grandes problemas sociais, incompatíveis com os valores existenciais da pessoa humana. O ordenamento jurídico deve resguardar não somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

Por esse motivo, as normas consumeristas precisavam ser atualizadas a fim de acompanhar essas transformações. A era da informação, responsável pela disseminação dos contratos em massa e dos contratos digitais, necessitava ser

urgentemente regulamentada a fim de que as novas práticas não permanecessem a descoberto.

Com o surgimento do crédito facilitado, utilizado pela grande maioria para adquirir bens e produtos (efêmeros e com obsolescência programada), aliado à estabilidade que os idosos aposentados passaram a usufruir mais acentuadamente no início dos anos 2000, o mercado rapidamente absorveu esta “necessidade nova”, disputando a renda dessas pessoas, cuja garantia de descontos mensais (a perder de vista) representava um risco a menos na busca da lucratividade exacerbada.

Assim, diante da oferta avassaladora de crédito, conjugada a uma frágil ou ilusória educação financeira e a lacuna legislativa acerca do tema, o endividamento se agravou, integrando o orçamento das famílias de forma cada vez mais significativa até o patamar superlativo. Os dados estatísticos permitem essa conclusão. Em 2003, o crédito representava 26% do PIB do Brasil; em 2017, esse percentual aumentou para 47%⁷⁰. Essa evolução se deve em grande parte à oferta de crédito consignado no mercado.

Conforme a Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor Anual (Peica)⁷¹, realizada pela Confederação Nacional do Comércio, o ano de 2020 alcançou a maior média da série histórica, realizada desde 2010. Apurou-se que 66,5% das famílias estão endividadas, considerando dívidas com cartão de crédito, cheque especial, cheque pré-datado, crédito consignado, crédito pessoal, compras a prazo mediante carnê, prestações de financiamento de carro e casa própria. Nesse universo, 11% das famílias não teriam como pagar suas dívidas, rumando ao superendividamento, fato que se confirmou nos anos posteriores.

⁷⁰ Dados obtidos no Relatório de Cidadania Financeira do Banco Central de 2017. O relatório é realizado a cada três anos e quando da conclusão desta tese ainda não havia sido divulgado o relatório do ano de 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Nor/relcidfin/index.html>. Acesso em: 28 de ago. 2021.

⁷¹ A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) produziu um estudo sobre o comportamento do endividamento dos brasileiros durante o ano de 2020, e tem como base os resultados mensais da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic). A Peica é a análise anual apurada pela CNC desde janeiro de 2010 e os dados são coletados mensalmente em todas as capitais dos Estados e no Distrito Federal, com cerca de 18 mil consumidores. Disponível em: <http://stage.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/peic-anual-perfil-do-endividamento-das-familias-brasileiras-em-2020>. Acesso em: 18 ago. 2021.

Durante o ano de 2020, a plataforma digital “consumidor.gov.br”⁷² registrou o aumento de 683% de reclamações referentes ao crédito consignado, dentre as quais 71 mil são de assalariados, aposentados e pensionistas.

Nesse cenário extremamente preocupante em face da grave crise econômica, em momento mais do que oportuno, foi aprovado o Projeto de Lei n. 3.515/2015, responsável por significativa adequação da legislação consumerista. Isso resultou na Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021, que acresceu ao Código de Defesa do Consumidor tratamento específico aos superendividados, amparando, definitivamente, esses vulneráveis que clamavam por proteção.

Inspirada no modelo francês, que reverencia a cultura do pagamento em detrimento do simples perdão das dívidas, a lei brasileira fundamenta-se no crédito responsável alicerçado na boa-fé contratual, como medida de prevenção ao superendividamento e preservação do mínimo existencial do consumidor. Em caso de impossibilidade de pagamento das dívidas, é permitida ao consumidor a repactuação por meio de um plano global de pagamento mediante participação dos credores. Como se percebe, o Código, com sua óptica solidarista, amplia a dimensão ético-inclusiva adotando por premissa que consumir é um ato de inclusão social (até então, o devedor permanecia marginalizado enquanto aguardava cinco anos para voltar a ter o “nome limpo”).

Importante ressaltar que nenhum dos dispositivos do Código do Consumidor foi revogado. O grande protagonista das transformações sociais no terreno das práticas comerciais desde o ano de 1990 foi atualizado para abranger as relações jurídicas hiperconsumistas, somando aos esforços para a viragem ética tão necessária das relações negociais deste século.

Nessa mira, a sociedade de consumo despersonalizada, veloz e transnacional exige transformações não apenas de serviços, produtos ou formas de contratação, e

⁷² Consumidor.gov.br é um serviço público e gratuito, mantido pelo governo federal, sem prejuízo das tratativas realizadas em âmbito administrativo pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Ele permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet. Os dados das reclamações registradas no sítio eletrônico do consumidor.gov.br alimentam uma base de dados pública, com informações sobre as empresas que obtiveram os melhores índices de solução e satisfação no tratamento das reclamações. A adesão à plataforma não é obrigatória, e as empresas participantes terão seu desempenho monitorado a partir de um link. O índice de entendimento entre empresas e consumidores é bastante satisfatório. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1#:~:text=O%20Consumidor.gov.br%20%C3%A9,conflitos%20de%20consumo%20pela%20internet>. Acesso em: 04 set. 2021.

sim de renovação ética, tendo como eixo de interpretação a sustentabilidade econômica e social para dar maior sentido jurídico aos institutos.

Antes de se examinar mais especificamente o valor da informação na prevenção ao superendividamento do idoso de que trata o Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível, ainda que brevemente, analisar as mudanças recentemente incorporadas ao estatuto para apreender o sentido geral da lei e seus parâmetros hermenêuticos, para então se propor as alterações legislativas.

A Lei 14.181/2021 incluiu dois capítulos novos no Código de Defesa do Consumidor. O primeiro, intitulado “Da prevenção e do tratamento do superendividado”, ao longo de seis artigos apresenta pormenorizadamente os parâmetros para a concessão responsável do crédito, amplia o leque de informações a serem prestadas e proscribe e reprime o assédio de consumo, especialmente aos vulneráveis. As diretrizes do capítulo são a concessão do crédito responsável, a boa-fé e seus deveres anexos de conduta, exigíveis já na fase pré-contratual, além da preservação do mínimo existencial.

No capítulo subsequente, intitulado “Da conciliação no superendividamento”, está regulado o tratamento jurídico específico para o superendividado, até então inexistente. O procedimento próprio, que afasta a regência do artigo 330 do Código de Processo Civil, prevê a instauração do “processo de repactuação de dívidas” iniciado pela apresentação de um plano global de pagamento pelo consumidor na audiência de conciliação, cujo comparecimento de todos os credores é obrigatório. No caso de injustificado não comparecimento, o credor terá a exigibilidade do seu crédito suspensa e a interrupção dos encargos de mora, sujeitando-se compulsoriamente ao plano se o montante for certo e conhecido, estipulando-se o início do pagamento somente após o pagamento aos credores presentes à audiência.

Infrutífera a tentativa de conciliação, iniciar-se-á o processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório.

O plano terá prazo máximo de cinco anos, e o consumidor somente poderá se socorrer do procedimento novamente após dois anos do término da liquidação das obrigações constantes.

No esteio do estímulo ao pagamento das dívidas e primando pela reinclusão social do superendividado, o plano de pagamento também estabelecerá a data em que o nome do consumidor será excluído dos bancos de cadastros de inadimplentes.

Na persecução da concretização de direitos, o legislador criou novos mecanismos para a Política Nacional de Defesa do Consumidor, prevendo a criação de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos do superendividamento. Além disso, permite a aplicação *ex officio* das normas (substantivas, processuais e de ordem pública) pelos órgãos administrativos, além dos judiciais.

Primeiramente é preciso lembrar que o artigo 54-A, §1^{o73}, define o superendividado como a pessoa natural, de boa-fé, impossibilitada de honrar suas dívidas de consumo atuais e futuras sem comprometer seu mínimo existencial.⁷⁴

Desse conceito extrai-se o primeiro paradigma do código (agora ainda mais humanista): o mínimo existencial, reconhecido no inciso XI do artigo 6^o como direito básico do consumidor. Porém, a expressão é demasiadamente ampla e suscita muitos questionamentos sobre seu significado e alcance, já que o legislador relegou essa tarefa à regulamentação.

O mínimo existencial passou a integrar a pauta de preocupações, no plano internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O artigo XXV, embora não nomine expressamente o mínimo existencial, faz refletir a sua essência ao atribuir a todas as pessoas direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, bem-estar pessoal, assim como o da família. Como se infere dos contornos apresentados, o mínimo existencial se associa diretamente à dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet (2016, p. 117) reconhece a vinculação entre ambas. No entanto, assevera que a dignidade abrange bem mais do que a garantia de sobrevivência física, pois “se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência” (SARLET, 2016, p. 117).

Luis Roberto Barroso (2009, p. 253) sinaliza no mesmo sentido de que há conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O mínimo existencial abrange renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Já o princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores

⁷³ Art. 54-A, §2^o: As dívidas referidas no §1^o deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

⁷⁴ O mínimo existencial não tem definição legal, mas a doutrina o define como o rendimento capaz de assegurar vida digna da pessoa e sua família com a manutenção das despesas de sobrevivência com água, luz, alimentação, saúde, educação e transporte, por exemplo.

civilizatórios que pertencem à humanidade, ainda que haja violações de seu conteúdo, extraindo-se dele o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais para a tutela da liberdade, igualdade e promoção da justiça (BARROSO, 2009).

A noção de que o mínimo não deve se dissociar de condições efetivas de respeito à dignidade é afirmada por Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski (2008, p. 103), ao estabelecerem que se trata de uma espécie de caridade pública, com o fim de assegurar um patamar patrimonial suficiente para o desenvolvimento das capacidades individuais.

Nesses contornos, como visto, o mínimo existencial compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana e por isso não deve ser tomada de forma reducionista, limitando-a a um básico direito à vida e, uma vez que a dignidade não pode ser quantificada, é preciso analisar o mínimo existencial casuisticamente para que não esteja dissociado de outros aspectos inerentes aos direitos constitucionais.

Ainda que futuramente o mínimo existencial seja regulamentado, das definições referidas se extrai que o caso concreto será resolutivo para que o intérprete da lei dimensione quais são as condições básicas para garantir vida compatível com a dignidade da pessoa humana. Significa, portanto, assegurar uma sobrevivência física em condições suficientes que permitam à pessoa se autodeterminar; e, no caso do contrato de crédito consignado para o idoso em que a extensão máxima das parcelas pode chegar a 84 meses, uma velhice mais sadia.

Nesse sentido, o Instituto Defesa Coletiva, ao emitir a Nota Técnica nº 1/2021⁷⁵ – que aborda a composição do mínimo existencial no contexto da Lei nº 14.181/2021, defende que o conceito de mínimo existencial extrapola a mera definição de um valor monetário, refletido em reais, alçando a expressão ao seu verdadeiro conteúdo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira.

As graves situações em que o idoso não pode honrar seus débitos não são mais tratadas como um problema individual, pois a ocorrência, como é cediço, perpassa a concessão de crédito pelo fornecedor, que utiliza técnicas de encorajamento ao consumo. O direito de informação já vinha regulado nos artigos 52⁷⁶

⁷⁵ Instituto Defesa Coletiva. *Nota Técnica nº 1/2021* – Composição do mínimo existencial no contexto da Lei nº 14.181/2021. Disponível em: <https://defesacoletiva.org.br/site/wp-content/uploads/2021/10/Nota-Te%CC%81cnica-Mi%CC%81nimo-Existencial-assinado.pdf>. Acesso em: 31 out.2021.

⁷⁶ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

e 37⁷⁷, e, após a atualização, assume posição de destaque como dever do fornecedor, estabelecendo condutas obrigatórias já desde a fase pré-contratual, quando ainda no campo das tratativas de oferta.

Corolário da boa-fé objetiva, a informação consubstancia-se como dever lateral de conduta, buscando igualar as partes em termos de lealdade e qualidade, permitindo, assim, aumentar o acesso a produtos e serviços. Informação e educação concedem mais segurança e transparência ao mercado de consumo, evidenciando as abusividades, contribuindo decisivamente para a harmonização de interesses e, conseqüentemente, para a pacificação social.

A lei 14.181/2021 desenvolveu o dever de conduta de boa-fé, pois o maior instrumento do superendividamento é a informação. Seu detalhamento, orientando sobre os elementos principais da concessão do crédito e esclarecendo os riscos assumidos e o comprometimento da renda futura, é dever do fornecedor, passível de sanção em caso de violação (MARQUES, 2012).

A inovação está na quebra positiva do contrato de crédito por descumprimento de dever conexo de informação e boa-fé objetiva, cuja efetividade se dá por meio da sanção prevista no parágrafo único do artigo 54-D. O artigo autoriza a redução judicial dos juros, encargos ou qualquer acréscimo ao valor principal, bem como a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do devedor.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

⁷⁷ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Esse conjunto de obrigações quanto ao dever de informar converge para o crédito responsável, outro grande eixo de sustentação do novo capítulo do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade na concessão do crédito segue os preceitos da lealdade e transparência, intimamente ligadas à qualidade da informação e o dever de prestá-la.

Assim, o crédito responsável está diretamente relacionado a práticas negociais saudáveis nas mais variadas formas de contratação⁷⁸. O princípio do crédito responsável está implícito na Constituição, mas sua regulação somente ocorreu na Lei 14.181/2021, que o introduziu no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso no intuito de compromissar Poder Público, fornecedor e devedor quanto à prevenção do superendividamento.

Cabe ao Poder Público direcionar seus atos normativos para assegurar a concessão prudente do crédito, além de reprimir práticas que contrastem com a subscrição responsável e promover políticas públicas para seu fomento.

Relativamente ao fornecedor/credor, a responsabilidade exsurge como encargo no dever de cautela na concessão do crédito, impondo a análise prévia do caso concreto. Por sua vez, com esse acautelamento, o fornecedor estará melhor informado, reunindo melhores condições para avaliar o que factualmente não é pagável pelo devedor, resguardando-o de ter sua dívida aumentada.

Na configuração contemporânea dos contratos de crédito, o fornecedor não deve estimular o endividamento imprudente do devedor, aliás, o alerta quanto à situação factível demonstra a sua boa-fé. Evidentemente que a decisão final cabe ao consumidor, cujas consequências lhe serão imputáveis.

⁷⁸ Embora o ordenamento jurídico brasileiro carecesse de previsão específica, tal princípio já vinha sendo aplicado pela jurisprudência, conforme excerto do voto da Desembargadora Simone Lucindo, do TJDF: “Quanto à alegação de superendividamento, é certo que as empresas, ao concederem o crédito, devem adotar as cautelas necessárias ao efetivo recebimento do retorno financeiro e, ao lado disso, devem tomar medidas visando coibir a superveniência do superendividamento dos devedores, preservando, assim, o patrimônio mínimo a garantir a dignidade humana. Trata-se da aplicação da teoria do crédito responsável.” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Apelação Cível 20180110080656APC, 1ª Turma Cível, Relatora Desembargadora Simone Lucindo, DJe: 15.05.2018). Disponível em:

Embora presumida pelo código e incumba ao fornecedor seu afastamento, a boa-fé é requisito indispensável também na conduta do idoso para que receba o tratamento na condição de superendividado. Não se trata de um favor. Portanto, para seu merecimento, da mesma forma que imposta às instituições financeiras, a conduta do devedor refletirá na ponderação do grau de responsabilidade nos empréstimos oferecidos (PAISANT, 2015).

Assim, em caso de superendividamento, se o fornecedor demonstrar que acautelou devidamente o consumidor, as sanções podem ser significativamente diminuídas ou até mesmo não aplicadas.

A responsabilidade na oferta do crédito tem como substrato do contrato de crédito a cooperação com sustentáculo na boa-fé, por isso a mira se endereça ao consumidor/devedor, que embora seja prioritariamente protegido pela norma, não está isento de também agir honestamente, remanescendo seu compromisso de não se comprometer além de sua capacidade de pagamento.

Até a atualização do Código, o artigo 46 previa a não vinculação do consumidor no caso de não lhe ser oportunizado previamente o conhecimento do conteúdo das cláusulas contratuais, ou a redação lhe dificultasse a compreensão de seu sentido e alcance. Entretanto, diante da necessidade premente, foi preciso adequar a legislação e determinar sanções específicas e bastante significativas para o fornecedor de crédito.

Logo, percebe-se que o consumidor tem reafirmado o seu direito de conhecimento *a priori* das condições ofertadas para a concessão do crédito, o que até então ocorria somente *a posteriori* e no âmbito de uma ação revisional quanto à abusividade das cláusulas contratuais.

Por tudo quanto analisado até o momento, percebe-se que as práticas arbitrárias são rechaçadas. Utiliza-se o legislador da expressão, até então inédita, “assédio de consumo”, evidenciada a sua prejudicialidade quando conjugado à falta de reflexão dos especialmente vulneráveis (idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade agravada ou quando a contratação envolver prêmio – artigo 54-C).

Em linhas gerais, observa-se que a previsão legal imprime concretude à boa-fé objetiva, principalmente sob o viés da lealdade e do dever de informação.

O dever é de não enganar o consumidor. O espírito é prevenir, razão por que a boa-fé amplia seus contornos e passa a produzir efeitos já na fase pré-contratual, e seu descumprimento enseja a quebra positiva do contrato.

Além disso, a quebra positiva do contrato enseja a extensão das sanções aos contratos considerados conexos. O artigo 52, que prevê as informações indispensáveis no caso de outorga de crédito, foi complementado pelo artigo 54-F, que reconhece a dependência entre os contratos de consumo e de crédito que guardem entre si um vínculo. Nesse caso, a conexão contratual revela interdependência causal-funcional, sem a qual um contrato não seria celebrado sem o outro. Para tanto, o referido artigo esclarece que a inexistência, invalidade ou ineficácia de um dos contratos poderá influenciar o outro sempre que o fornecedor de crédito recorrer ao fornecedor de produtos ou serviços para a preparação ou conclusão do contrato, assim como quando ofertado o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor ou onde celebrado o contrato⁷⁹.

A principal consequência é o efeito dominó: a invalidade e ineficácia, bem como o arrependimento do consumidor, sufragarão também o contrato conexo que, até então, permanecia plenamente válido e exigível. A inexecução de quaisquer obrigações ou deveres do fornecedor de produto ou serviço enseja a rescisão do contrato não cumprido pelo fornecedor do crédito⁸⁰.

Outra importante proteção especial ao consumidor é a possibilidade de reconhecimento, pelo juiz, das cláusulas abusivas, suplantando a danosa Súmula 381, do STJ⁸¹, que proscovia o reconhecimento de ofício.

Também nesta fase o legislador manteve a boa-fé e a cooperação como pilares da repactuação das dívidas, aplicando-se, como ressalta Claudia Lima Marques, a “exceção da ruína” e a revisão judicial das dívidas de consumo. Aquele que sabe que o outro está em ruína tem o dever de cooperar.

⁷⁹ Esse reconhecimento é de grande relevância no caso concreto, por ser bastante comum a aquisição de um determinado bem, como um veículo, por exemplo, por meio do crédito concedido por um banco, realizado pela própria concessionária de veículos.

⁸⁰ O STJ, em situações similares, já reconhecia que na relação contratual triangular o vício de um dos contratos atinge também o outro, pois o importante é a substância do negócio jurídico, cujo fim precípua é garantir a relação jurídica antecedente da qual é inteiramente dependente. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1406245/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 10.02.2021. Verifica-se que o acréscimo do artigo 54-F amplia a dimensão já reconhecida pela jurisprudência, bastando que o fornecedor de crédito, para preparação ou conclusão do contrato, haja recorrido aos serviços do fornecedor, ou que tenha oferecido o crédito no seu local de atividade.

⁸¹ Súmula 381, STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade das cláusulas.”

Combater a exclusão sob a óptica solidarista é considerar o consumo como inclusivo, pois reintegra os devedores ao mercado quando antes os endividados aguardavam cinco anos para voltar a ter o “nome limpo”, ou seja, para recuperar a autonomia em termos de crédito.

A fim de atender ao princípio do melhor interesse do idoso no sentido de não alimentar a falsa sensação de segurança econômica conjugada à facilidade de crédito, a Lei 14.181/2021 também produziu alteração no Estatuto do Idoso, introduzindo o parágrafo terceiro ao artigo 96: “não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.” Essa modificação afasta o receio do mercado em negar crédito a idosos que não têm capacidade financeira suficiente. Atente-se para o fato de que o legislador não utilizou a idade como critério, mas sim o superendividamento.

Por fim, mas não menos importante: seguindo o intuito de um tratamento voltado ao favorecimento de um novo recomeço financeiro, a lei estabelece um procedimento consensual de solução das dívidas, adotando como paradigma a renegociação e novação sem o ajuizamento de ação judicial. Contudo, havendo frustração da conciliação, caberá ao juiz homologar um plano de parcelamento das dívidas, que terá natureza compulsória. Para tanto, instaura-se “processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes”, conforme a previsão do artigo 104-B. Nesse caso, muito embora o juiz tenha possibilidade de reconhecer as abusividades, esta segunda fase procedimental somente se instaura a pedido do consumidor.

A função social do crédito é de suma importância. Justamente porque a óptica é a inclusão, o Código de Defesa do Consumidor aprimorou seus objetivos ao cultivar o pagamento por facilitar a repactuação das dívidas, o que difere enormemente da cultura do perdão das dívidas.

A lei tem muitos pontos positivos, e veio aprimorar um sistema de proteção ao consumidor já bastante eficiente, mas que carecia de previsão para tratamento adequado do superendividamento, que os torna hipervulneráveis. O infortúnio não é apenas da pessoa que está diretamente envolvida na situação. Ao contrário, o grave comprometimento da renda mensal, a ponto de se colocar em risco até mesmo o mínimo existencial, demonstra claramente que se trata de revés congênito à sociedade do crédito e da informação.

Uma vez que o compromisso da sociedade brasileira é cooperar na construção de uma nova realidade em conformidade com os preceitos constitucionais, aplicadores da lei, na esfera privada, pública e administrativa, intérpretes, julgadores, são constantemente provocados a renovar sua visão a respeito dos institutos jurídicos para que a lei se mantenha próxima à realidade social. A ampliação dessa visão exige a desconstrução das barreiras criadas pela convivência social, pelos usos e costumes “normalizados” no mercado de consumo.

Muito se tem discutido sobre a banalização do conceito de dignidade da pessoa humana e o conseqüente esvaziamento de seu conteúdo. Seguindo-se os preceitos constitucionais e a análise da melhor doutrina acerca do tema, como já se teve oportunidade de abordar, a adoção da dignidade da pessoa humana como o maior paradigma é imprescindível para que a construção de uma nova sociedade, seja brasileira, seja mundial, fundamente-se na valorização da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, culturais, econômicas, etc.

O enfrentamento da origem e das conseqüências do superendividamento deve se dar a partir da visão macro, e não apenas limitada ao negócio jurídico em si. Além disso, o sistema financeiro cultua o endividamento, tornando-o um caminho que dificilmente é reversível. Percebendo-se em uma situação insustentável, o consumidor superendividado pode tentar renegociar; no entanto, a *práxis* mercadológica é a de dificultar a repactuação de dívidas que, embora não estejam inadimplidas, comprometem substancialmente seu sustento por englobarem praticamente todos os rendimentos.

A crueldade do sistema, agora a ser superada pela renovação do Código de Defesa do Consumidor, é evidenciada pela escravidão ao crédito disseminada no mercado, que não oportuniza alternativas saudáveis de solução das dívidas. Ao contrário, elas são reestruturadas em um quadro que mantém o inadimplemento e, o que é ainda mais grave, extrapola a violação da dignidade humana: compromete o mínimo existencial.

Superendividamento, portanto, não é sinônimo de pobreza, mas sim de excesso de dívidas, cujos instrumentos de prevenção são a informação, controle da publicidade, direito de arrependimento e educação financeira. Nesse universo, a pesquisa cinge-se ao primeiro.

Enfatiza-se a relevância do princípio da solidariedade como cumpridor de seu papel de otimizar o sistema constitucional quanto à proteção do idoso, destacando-o

como ferramenta indispensável aos particulares para dar continuidade às transformações sociais e econômicas tão necessárias ao povo brasileiro.

Não se educa financeiramente, não se previne o superendividamento, não se preserva o mínimo existencial e tampouco se prestigia a dignidade do idoso à base de artifícios enganosos!

Nesse cenário gravíssimo, a abordagem que se fará na sequência contribuirá para a compreensão mais abrangente das implicações do dever de informar como agente de transformação social.

6.2 O dever de informar e os desafios para uma tutela jurídico-econômica na prevenção do superendividamento do idoso

Uma sociedade que se abriu ao crédito e densificou seu estilo de vida e padrões de consumo, acentuando a sua dependência em relação ao mercado, corre sério risco de se superendividar.

Além da influência de fatores exógenos (escassez de renda, desemprego, deficiência de apoio social e a irresoluta solidariedade), a abundância de bens de consumo e instrumentos de crédito, acompanhados de desejos e necessidades artificiais, redundam no superendividamento,

O Banco Central⁸², ao elaborar o Relatório da Cidadania Financeira, em 2018, concluiu que a tão almejada difusão dos produtos e serviços bancários teve sua meta alcançada: mais de 140 milhões de brasileiros, cerca de 85,5%, mantinham algum relacionamento bancário⁸³. Com a ascensão tecnológica, a bancarização da vida se propagou em razão da expansão dos bancos digitais, mais uma via que facilitou ainda mais a contratação de serviços e produtos.

A esse cenário soma-se, ainda, a falta de reflexão diante da oferta sedutora do crédito, adornada por informações imprecisas, parciais e de difícil compreensão, o que contribuiu para o aumento exponencial de endividados ao longo da última década.

⁸²Dados obtidos no Relatório de Cidadania Financeira do Banco Central de 2017. O relatório é realizado a cada três anos e quando da conclusão desta tese ainda não havia sido divulgado o relatório do ano de 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Nor/releidfin/index.html>. Acesso em: 28 de ago. 2021.

⁸³ Este número, já bastante expressivo, certamente aumentou consideravelmente nos últimos anos, notadamente em virtude da pandemia do COVID-19 decretada em março de 2020, que ampliou os índices de desemprego e mortes.

Viver a modernidade líquida (BAUMAN, 2008), orientada pelo ímpeto consumista impulsionado pela insatisfação do consumidor, é estar inserido em um versátil balcão de consumo que se inova e aprimora constantemente. Tal conjuntura dificulta, e em alguns casos inviabiliza, a informação segura sobre todas as coisas que o consumidor (pensa que) deseja e precisa. Essa técnica, aliás, é bastante utilizada pelo fornecedor, conforme se verá mais adiante.

O cenário, portanto, apenas notabiliza o quanto a prestação de informações diretas e claras torna-se indispensável para a tomada de decisões de modo responsável.

O processo de comunicação, por meio de campanhas publicitárias promissoras e convincentes, estabelece um canal de interlocução que não estampa necessariamente a realidade. Esse canal cria um vínculo entre um produto e o consumidor pela persuasão, estimulando a ideia de que seus desejos e necessidades serão satisfeitos, deixando em segundo plano a análise da necessidade.

Examinando-se essa premissa, evidencia-se a manipulação informacional e a gravidade das consequências da exploração da vulnerabilidade do idoso, muitas vezes alheio ao processo envolvente de que faz parte. A manipulação é tão persuasiva que, fragilizado pelas dificuldades naturais da fase de vida experienciada, o contrato de crédito consignado pode tanto representar a solução das mazelas quanto se constituir em fator irrefutável de bem-estar.

Muito visado, porque valioso segmento do mercado de crédito, o idoso é assediado sob as mais variadas formas, detalhada e cuidadosamente planejadas para alimentar o círculo vicioso do consumismo, pouco importando se ocorrerá o superendividamento.

A transparência, como fator de qualificação da informação, é um dos elementos que compõem o dever de informar. O grau de transparência refina a informação para que seu alcance esteja adequado à realidade da pessoa com a qual se está a negociar, limitando-se ao viés meramente formal, como tem ocorrido na grande maioria das vezes.

Por conseguinte, estabelecer um padrão de informação é insatisfatório. Sendo a “terceira idade” um segmento específico, é preciso adaptá-la diferentemente ao público consumidor idoso. Acessibilidade, compreensão quanto aos elementos essenciais do contrato de crédito e, principalmente, as consequências e extensão destes no tempo devem estar atreladas à realidade singular daquela pessoa.

Como a qualidade da informação interfere e influencia as expectativas nutridas pelo idoso, a transparência deve ser priorizada. O fornecedor não pode, utilizando-se de retórica ou meias-verdades, ludibriar o contratante para alcançar suas expectativas de lucratividade.

O ordenamento jurídico, cumprindo seu papel funcional na transformação da sociedade, impõe a observância da boa-fé, selecionando a conduta social solidária e juridicamente adequada para surtir os efeitos válidos: os objetivos da República brasileira.

O endividamento não é um processo que se inicia no estágio mais grave, ao contrário, avulta gradualmente, seja por necessidades emergenciais ou realização pessoal simbólica, caminho para criação de novas identidades culturais e oportunidades de participação social, como já se analisou no segundo capítulo.

Na visão de Claudia Lima Marques e Rosângela Cavallazzi (2006, p. 24), o crédito proporciona uma democracia de maior amplitude, que denominam de “democracia do gasto”, jogando o consumidor para um cenário de iliquidez financeira.

O assédio dos bancos e financeiras é permanente na sociedade massificada e, particularmente no Brasil, muito eficaz. Ele transmite a ideia de que as profundas desigualdades poderão ser transpostas, mesmo que efemeramente, pela aparência.

Cabe lembrar a percepção aguçada de Bauman (2008, p. 16-17) sobre a vida a crédito. Ele alerta ser a geração atual a mais endividada por estar aferrada à ideia de que o futuro é detestável, tornando crucial consumi-lo antes que advenha o desastre. Tal percepção quanto à bancarização da vida e a dependência crescente do crédito o faz afirmar que se as cadernetas de poupança implicam a certeza do futuro, um futuro incerto (líquido) exige cartões de crédito (BAUMAN, 2008, p. 16-17).

Sob esse pano de fundo, a oferta dificilmente será para que o idoso resolva um problema pontual, ao contrário, o processo de conquista envolve a catividade, a construção do *status* social, na dependência calcada na cultura da negação do avanço da idade, do pavor à velhice.

Outro fator assustador que não pode ser ignorado é que a aquisição irrefletida de bens de consumo supérfluos pode desaguar em superendividamento, obrigando a tomada do crédito para que os bens de consumo necessários ao mínimo existencial sejam supridos. Quando ludibriado, o idoso, em um primeiro momento, contrata para adquirir o supérfluo. Porém, conforme o comprometimento da renda se agrava, o crédito passa a se destinar às necessidades essenciais.

Se há o dever de empregar esforços para evitar ou reduzir as hipóteses de endividamento excessivo, como superar esse contexto? Qual o remédio que, aplicado continuamente, poderá reverter o quadro patológico que o crédito irrefletido gera?

Um dos caminhos de solução é o incremento do crédito com o fator responsabilidade; isto é, as inevitáveis financeirização da vida e bancarização do cotidiano devem ser constituídas pela atenção e cuidado com a salvaguarda da saúde financeira do idoso, por conduta ativa canalizada para sua realização.

Crédito é “tempo”, “tempo” adquirido por um variado número de contratos oferecidos ao consumidor (pagamento em prestações, financiamentos com cheque especial ou carnês assegurados por notas promissórias, pagamentos com cheques “pré-datados”, cartões de crédito, empréstimos consignados) para que o valor recebido seja devolvido em parcelas acrescidas de juros e taxas (MARQUES, 2010).

No caso do empréstimo consignado, os malefícios dificilmente passam despercebidos pelo fornecedor. Uma análise realista da situação financeira já lhe dará os contornos do que pode ou não ser contratado. No entanto, para o idoso, a situação se anuncia para futuro breve. Conforme lhe vai sendo ofertado o crédito com o destaque de todos os pontos positivos do empréstimo e praticamente nenhum negativo, ele desenvolve a falsa impressão de que, mesmo com seu orçamento reduzido, poderá continuar comprando e pagando. Tal ilusão se projeta também nocivamente ao futuro. Imerso nas tentações de consumo, ele não hesitará em multiplicar as compras até que suas dívidas consumam quase toda a sua renda.

Durante muito tempo, a concepção dominante de consumidor foi inspirada em teorias econômicas neoclássicas, sendo senso comum a existência do *homo economicus*, caracterizado por um ser perfeitamente racional e informado, de preferências estáveis e cujo único propósito seria a maximização de sua satisfação econômica (RAMOS, 2019).

No entanto, a partir das décadas de 1950 e 1960, com a dignificação dos valores existenciais, tais posições foram revistas, incorporando uma perspectiva mais realista das capacidades cognitivas do ser humano. A partir de então, reconheceu-se que a complexidade dos ambientes suscitava limitações; a escassez de tempo e restrições intelectivas e informacionais dificultavam as escolhas do ser humano embasadas na totalidade dos referenciais disponíveis (RAMOS, 2019).

Diante da sobrecarga de informações, fenômeno em que o ser humano é incapaz de processar conscientemente a totalidade do conteúdo informacional, a falta de tempo provavelmente o levaria a decidir mal (RAMOS, 2019).

Com a difusão de produtos e serviços no mercado de consumo, largamente ampliada nas últimas décadas, a capacidade de atrair a atenção do consumidor se tornou referencial decisivo na celebração de um contrato. Quanto mais competitivo o mercado de consumo, maiores investimentos são realizados pelos fornecedores para conquistar, rápida e definitivamente, o idoso.

Segundo Ramos (2019, p. 343), dentre os meios empregados na conquista do consumidor desenvolveram-se inúmeras técnicas exploratórias, com destaque para a *saliência*. A tática consiste em chamar a atenção do consumidor sobre determinados aspectos do produto ou serviço, ressaltando-os por estímulos visuais e frases incentivadoras em linguagem de impacto. Em tática oposta, mas ainda no âmbito da *saliência*, há também a criação de dificuldades de entendimento das informações, de modo a desencorajar o consumidor a esclarecer ou melhor compreender as mensagens repassadas (RAMOS, 2019, p. 345). Nessa contextura, o desejo do idoso consumidor supera a preocupação em entender o que está sendo contratado.

No caso do crédito consignado, a técnica da *saliência* ora é utilizada de forma direta, por meio de frases como “crédito amigo”, “sem consulta ao SPC e Serasa”, “crédito na hora e sem burocracia”; ora de forma negativa e dissimulada, como letras pequenas nos contratos, linguagem demasiadamente técnica, cláusulas de longa redação para dificultar a compreensão e a comparação de valores, prazos, características.

Por esse motivo, calcado na garantia de práticas de crédito responsável para a prevenção de situações de superendividamento, o artigo 54-B acrescentou às exigências no artigo 52 a obrigatoriedade de informar o custo efetivo total, a taxa mensal de juros, juros de mora e encargos em caso de atraso, o montante das prestações, direito à liquidação antecipada do débito sem qualquer onerosidade, além de indicar o nome e endereço do fornecedor.

Nesse norte, relativamente à oferta de crédito, publicitária ou não, o artigo 54-C vedou determinadas práticas (expressas ou implícitas): indicação de que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação financeira, ocultação ou entrave na compreensão sobre os

ônus e riscos da contratação. Igualmente vedou a prática de assédio, especialmente no caso do idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, e a expectativa de prêmio em caso de contratação, a célebre promessa “contrate o crédito e ganhe um brinde”. No que pertine ao atendimento de reclamações do consumidor, proibiu o condicionamento das solicitações à renúncia ou desistência de eventuais ações judiciais, pagamento de honorários advocatícios ou depósitos judiciais⁸⁴.

Nessa linha de raciocínio, a técnica de aproveitamento do caráter saliente de alguns termos contratuais serve muito bem ao interesse de lucro fácil e risco mínimo, para induzir o idoso a prestar atenção nos termos mais proeminentes, que normalmente correspondem a sua necessidade, e persuadi-lo a selecionar as informações correspondentes. Nesse caso, há sério risco de detalhes tão ou mais decisivos nem sequer considerados na tomada de decisão.

Além disso, em contratos dessa espécie, o idoso tende a ser irrealisticamente confiante por excesso de otimismo, geralmente acreditando que eventos negativos acontecem com os outros. Sob o ponto de vista psicológico, há que se considerar que o ser humano tende a interpretar os fatos distorcidamente para preservar sua autoestima, para encontrar motivos suficientes que se moldem aos seus desejos, desconsiderando quaisquer outras informações que os contrariem (RAMOS, 2019).

Aproveitando-se dessa característica, o fornecedor oferta a contratação de crédito consignado por um tempo longo, usualmente no prazo máximo permitido legalmente⁸⁵. Quando já ocorreu o pagamento de 40 ou 50% da dívida, geralmente, o idoso é novamente assediado com a oferta de um novo contrato, normalmente retratando um cenário com muito mais benefícios. Nessa nova oferta, o nível de

⁸⁴ Infelizmente o inciso I, que vedava a referência expressa a “crédito sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo” ou “taxa zero”, foi objeto de veto presidencial. As razões estariam na contrariedade ao interesse público, pois ao tentar solucionar problema de publicidade enganosa ou abusiva, o legislador estaria a proibir operações usuais do mercado que não acarretam prejuízo ao consumidor, desconsiderando que “existem empresas capazes de ofertar de fato ‘sem juros’, para o que restringiria as formas de obtenção de produtos e serviços ao consumidor. O mercado pode e deve oferecer crédito nas modalidades, nos prazos e com os custos que entender adequados, com adaptação natural aos diversos tipos de tomadores, o que constitui em relevante incentivo à aquisição de bens duráveis. A Lei não deve operar para vedar a oferta do crédito em condições específicas, desde que haja regularidade em sua concessão, pois o dispositivo não afastaria a oferta das modalidades de crédito referidas, entretanto, limitaria as condições concorrenciais no mercado.” Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14181-1-julho-2021-791536-veto-163127-pl.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁸⁵ Com a pandemia do Covid-19, o prazo para os contratos de empréstimo consignados passou de 72 meses para 84 meses, podendo agravar ainda mais a situação do superendividado.

persuasão tende a aumentar para que o idoso contrate novamente, utilizando técnicas ainda mais sofisticadas para convencê-lo.

Por diversas vezes, o idoso não compreende que está fazendo uma repactuação da dívida. Atraído pela promessa de que pagará parcelas muito menores e ainda haverá um valor creditado na conta, acredita ser uma boa proposta. A situação é ainda mais grave quando a dissimulação induz a celebração de um contrato de crédito convencional, com taxas e encargos muito mais altos comparativamente aos do crédito consignado.

Outra característica natural, não só do idoso, mas dos consumidores em geral, é a preferência por preços mais baixos, o que por si só não deixa de ser positivo. Entretanto, a ilusão em que é envolvido o idoso, fazendo-o acreditar que o futuro contrato é mais barato do que o atual porque as parcelas mensais são de valores menores, revela-se uma conduta totalmente desleal.

A combinação é de alto risco: quanto maior o prazo dos contratos de crédito, mais perigosos se tornam, haja vista não ocorrer, no processo cognitivo, a avaliação da situação real. Impulsionado pelo benefício de um prazo maior para pagamento associado ao excesso de otimismo, que o leva a crer não ser afetado por ocorrências negativas, o idoso se torna presa fácil do assédio de consumo diante da habilidade do fornecedor.

Se por um lado o dever de informação impõe esclarecer devidamente o idoso sobre todas as características do crédito, há que se ter em mente que, ao contrário daquela que tem sido a concepção dominante, o excesso de informações também é uma técnica eficaz para induzi-lo ao objetivo do fornecedor. Em um universo de informações disparadas ao consumidor, que lhe causam confusão, a seletividade das informações prestadas é natural em face da pouca experiência ou conhecimentos e o excesso de confiança no fornecedor.

Também diante de um quadro de operações altamente complexas, a fim de evitar a sobrecarga de informações, o idoso centrará sua atenção nas informações mais salientes (pela hábil indução do fornecedor), deixando para um eventual incômodo futuro (em outras palavras, um litígio) o reclame de seus direitos. Note-se que até mesmo o cumprimento dos requisitos objetivos postos nos artigos 54-B, 54-C e 54-D podem ser distorcidos pelo fornecedor para alcançar o seu intento: a contratação do crédito.

Sem dúvidas, a inserção de novos critérios no cumprimento do dever de informação pelo fornecedor amplia o leque de proteção ao vulnerável e coíbe abusos significativos. No entanto, ainda pairam muitas dúvidas de que o fornecimento de informação possa, por si só, afastar muitas das barreiras enfrentadas pelo idoso. Mesmo que tenha ciência dos critérios, ele pode não conseguir controlar seus efeitos.

Tal cenário demonstra que se não houver uma situação diferente, uma contribuição, um controle sobre as informações e o modo como são apresentadas, pode ser tarde demais, e o superendividamento já ter se instalado (confortavelmente, para o fornecedor) em seus proventos.

Daí estar acertada a visão do legislador ao estabelecer a obrigatoriedade da apresentação ao idoso dos valores das prestações mensais com e sem encargos, do valor anual, bem como do valor global (até a finalização do contrato). Porém, como já afirmado, esse é um dos critérios objetivos determinados pela lei, mas que não garante a consciência real do idoso quanto ao contrato celebrado.

Além disso, como já referido, o excesso de informações, embora o legislador assim o determine para munir o mais fraco, também se torna uma barreira na capacidade de entendimento se as informações forem distorcidas pelo fornecedor. Na esteira da filosofia do Código de Defesa do Consumidor, não basta a informação objetiva, ela deve ser predicada aos moldes da situação específica do idoso.

Nesse diapasão, percebe-se que o crédito não poderá ser contratado imediatamente. Não há como o idoso realizar toda a análise equilibrada do contrato que está prestes a celebrar, e justamente porque isso não tem ocorrido, o superendividamento tem se afirmado como grave problema econômico e social.

A solução ideal é a informação personalizada para cada consumidor idoso, desenvolvida com base em suas características individuais. E como se daria essa prática honesta? Ora, é a transmissão ao idoso da mesma informação que levou o fornecedor a ofertar o crédito, é o comportamento íntegro por parte de um profissional colocado naquela posição.

De que modo a importância da informação pode ser aferida? Ora, basta verificar se o idoso realmente contrataria se tivesse entendido o que realmente está contratando, qual o valor que pagará ao final dos 36, 48, 72 ou 84 meses, o quanto o valor mensal comprometerá suas despesas ordinárias. Se a resposta for positiva, o crédito será responsável; se negativa, há fortes indícios de nocividade.

A prevenção do excesso das dívidas pela informação se fundamenta no dever jurídico de prestá-la como desdobramento da boa-fé objetiva, externada pelo cuidado, cooperação e lealdade, resguardando o idoso da exclusão do mercado de consumo⁸⁶.

A visão filosófica já contida no Código de Defesa do Consumidor desde sua criação robusteceu-se pela inserção de novos instrumentos para a execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor (de combate à promoção do endividamento). São eles a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural, bem como a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Além disso, direcionada à população envelhecida, há a Política Nacional de Defesa do Idoso objetivando o atendimento das suas necessidades básicas, bem como a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria de sua qualidade de vida. Dessa sorte, pela dicção do artigo 230 da Constituição Federal, o Estado exerce sua interferência nas relações envolvendo idosos para implementar deveres constitucionais de solidariedade social.

Ao estabelecer uma série de condutas no momento da oferta do crédito, que influenciarão futuramente no sopesamento das sanções, o legislador pretende que este momento seja constituído de pessoalidade. Se o parágrafo único do artigo 54-D atribui como sanção a redução de juros, encargos ou qualquer acréscimo ao principal, bem como a dilação de prazo para pagamento, está claro que o preenchimento dos requisitos meramente objetivos, previstos nos artigos antecedentes, não é o bastante, isto é, vai além do que se mensura como padrões médios.

A gravidade do superendividamento é tão ampla que o legislador foi muito além da exigência da prestação da informação formal. A exigência do código está em perquirir quais as consequências da conduta do fornecedor do crédito, o que se confirma pela aplicação das sanções antes referidas proporcionais à “gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor”. A necessidade de proteção extremada estampa-se na possibilidade, expressa (o que até então era um comando um tanto genérico), de atuação de ofício pelo juiz no redimensionamento do contrato.

⁸⁶ Atualmente, a crise de solvência e de liquidez do consumidor (com reflexos em todo o seu grupo familiar) facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, comparável a uma nova espécie de morte *civile*: a morte do *homo economicus* (MARQUES, 2010, p. 37).

A permissão do reconhecimento, por iniciativa do juiz, do abuso de direito perpetrado pelo fornecedor do crédito demonstra, além da aplicação sistêmica do Direito, a observância de sua funcionalidade. Note-se que não se está permitindo a presunção, ao contrário, o legislador andou bem ao descrever, ainda que não seja em rol taxativo, as condutas que devem ser adotadas pelo fornecedor, com base nas quais o julgador vai aferir a violação do dever de informação.

A conduta tomada na fase pré-contratual ganha especial relevância para o fornecedor. Quanto maior sua transparência em relação às condições do contrato, lealdade em transmitir todas as informações àquele idoso especificamente e boa-fé em aconselhá-lo sobre os riscos e consequências para o futuro, notadamente por sua idade (circunstância especialmente destacada no Código), mais afastado estará de eventual sanção. Ao mesmo tempo, o consumidor idoso, recebendo essas informações qualificadas, tem a garantia de autonomia para contratar responsabilmente, pois também tem o dever, para consigo mesmo, de assegurar a sua dignidade. Aliás, conveniente lembrar que a proteção ao superendividado somente é aplicável quando estiver de boa-fé, o que é aferível pela transparência e lealdade da sua conduta desde a nascente do contrato.

Nesse sentido, estar superendividado não representa um salvo-conduto para postergar o pagamento das dívidas. A boa-fé também é dever do idoso, basta lembrar de que a contratação imoderada ou aquisição de bens de valor excessivo não encontra abrigo legal.

Poder-se-ia pensar que esse intuito já estava contemplado no Código de Defesa do Consumidor desde 1990, e que a inserção do novo capítulo representa um reforço apenas formal da proteção, que, pelo fato de ser pouco respeitada, condenaria à inaplicabilidade.

A realidade do mercado de consumo, no entanto, aponta em direção oposta. O superendividamento é um grave problema, não só brasileiro como também mundial. Comprova-se que a regulação da situação vai muito além do poder coercitivo das leis. Em países de culturas jurídicas mais avançadas que o Brasil, como os integrantes da União Europeia, por exemplo, o fenômeno também é tratado, e de forma mais humanizada; do contrário, a derrocada dos consumidores e suas famílias representaria um grave problema social, semelhante a uma pandemia econômica.

Diante dessa realidade do crédito consignado para o idoso, e da decorrência lógica de que o Direito segue no encaixe dos fatos sociais, um olhar renovado sobre

o tema não significa a derrota do contrato, pois o que verifica é o estreitamento da liberdade de contratar, e não a censura.

A população mais pobre tem como principal patrimônio o seu nome, de modo que a inversão de paradigma é premente: crédito consciente e responsável só pode ser concedido com tempo e reflexão (MARQUES, 2010).

A confiança depositada pelo idoso no fornecedor do crédito influencia diretamente na sua decisão. Por essa razão, o vínculo artificial macula a transparência e obstrui a plena informação, incrementando sua fragilidade.

Significa, portanto, que o idoso tem direito de receber toda a informação necessária para formar o seu entendimento, e tal premissa é tão forte que o ônus de comprovar o respeito aos deveres é do fornecedor.

Além disso, sob o aspecto processual, o tratamento dispensado ao superendividado vai além da presunção de hipossuficiência destacada pelo inciso VII do artigo 6º. Significa que a prova a ser produzida estará diretamente vinculada à comprovação de que a informação foi adequada e suficientemente transmitida pelo fornecedor, e mais: que a tomada do crédito se originou da decisão do idoso e não por uma imposição, ainda que subliminar.

Sob esse aspecto processual, mister abrir um breve parênteses: o artigo 54-B, ao estabelecer como informações obrigatórias a demonstração do custo efetivo total com a descrição de todos os elementos que o compõem, juros mensais, juros e encargos cobrados na mora, prazo de validade da oferta, nome e endereço do fornecedor, entre outros, constitui-se em garantia para ambas as partes se, em momento posterior, iniciar-se o procedimento de tratamento do superendividamento, com a apresentação de um plano de pagamento contendo todos os credores.

A fase pré-contratual merece especial atenção, pois neste momento o fornecedor comprovará sua boa-fé se realmente aconselhar e sugerir, no âmbito dos contratos de crédito que comumente oferece, qual a finalidade e o que se revela como mais compatível e adequado à realidade orçamentária do idoso, sua situação financeira relativamente às despesas ordinárias, sua capacidade de pagamento sem prejuízos a si e seu grupo familiar. Nesse norte, é indiscutível que o contrato estará maculado se não houver tempo para prestar os esclarecimentos suficientes e reflexão para sopesamento dos custos, benefícios e consequências de contratar.

Claudia Lima Marques (2010, n.p.) esclarece que a inversão do polo de responsabilidade pelo crédito responsável se inspirou em uma diretiva europeia:

Antes da celebração do contrato de crédito, o fornecedor deve avaliar de forma responsável e leal a situação do consumidor que solicita um contrato de crédito e se terá condições de respeitar as obrigações decorrentes do contrato; podendo para tal fim, e sob os limites da legislação específica sobre o tratamento de dados pessoais, requerer as informações necessárias e completas a fim de apreciar a sua situação financeira e sua capacidade de reembolso e, em qualquer caso, os seus compromissos financeiros em andamento (Marques, 2010, n.p.).

Bem, essas premissas legais estão claramente estampadas no código, e assim tiveram de ser porque até o momento as garantias estavam sendo suprimidas, porém, como já se afirmou, a previsão de novos direitos não os torna efetivos.

A aplicação da lei, para que seja efetivamente eficaz e propicie mudanças na vida do consumidor, evitando a condição de superendividado, tem aporte jurídico em princípios que norteiam a assimilação da boa-fé e função social do contrato. Não por motivo diverso, o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor permite a integração a outros direitos reconhecidos em convenções internacionais de que seja signatário o Brasil, bem como na legislação ordinária e regulamentos administrativos, e igualmente dos que derivem dos princípios gerais do direito, da analogia, dos costumes e da equidade.

A regulação do pluralismo axiológico presente na sociedade torna-se um grande desafio. Direitos não podem ser desrespeitados, e sim compatibilizados pela via dos princípios, como é o caso da solidariedade e livre iniciativa.

A superação do formalismo jurídico para alcançar a materialização do Direito tem os princípios como elos de conexão entre o conteúdo normativo e o alcance da justiça.

Nessa perspectiva constitucional, os princípios são o ponto mais alto da escala normativa. Eles servem de critério, por excelência, na avaliação do conteúdo constitucional e infraconstitucional, consolidando-se como fontes primárias do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2000).

Note-se quão relevante é a contribuição do princípio da solidariedade para a eficácia das normas jurídicas, em virtude da alta resiliência às exigências do caso concreto, abrindo espaço para soluções mais ajustadas.

Assim, o princípio da solidariedade será concretizado sempre que se buscar a proteção ao idoso, não só porque ele integra a relação contratual, mas principalmente quando não se o aparta do ente coletivo, quando ainda se respeita o

seu valor como ser humano, quando não se pense sectariamente, enfim, quando se aceita que o Direito é para todos e por todos deve ser proposto. A consequência é que o princípio se torna vetor do bem comum.

Firmado o compromisso dos particulares em assegurar os direitos de proteção do idoso, pressupõe-se a exigência de que toda a sociedade coopere com as pessoas, sendo, portanto, solidária. Havendo esse elo, todos colaboram para concretizar a dignidade pela disponibilização de meios de efetivação de tais direitos.

Incorporando a dignidade como valor supremo, a solidariedade integra o reconhecimento da humanidade das pessoas, e não apenas seu valor econômico, pois uma vez direcionada a conduta à minimização da assimetria informacional, pratica-se um ato digno que, naturalmente, repercute na esfera alheia.

Igualmente importante ressaltar que a fraternidade também se faz concretizar nesse respeito mútuo, pois muito embora esteja presente no Preâmbulo da Constituição, entende-se que é elemento integrante da solidariedade. Assim, diante do seu conteúdo jurídico, “os intérpretes do direito devem atualizar o sentido de comunidade política e democrática integrado ao aspecto específico da dignidade humana no viés constitucional” (RESTA; JABORANDY, MARTINI, 2017, p. 99).

Como forma de atender às exigências sociais, como analisado em momento anterior, a nova formatação da autonomia privada, da liberdade de contratar e liberdade contratual tem por escopo a manutenção do contrato, sendo a extinção a última *ratio*, a fim de se prestigiar o princípio da manutenção dos contratos. No caso do superendividamento, o que se almeja é a boa conduta na nascente do contrato para que não seja necessário estabelecer o tratamento judicial.

Nessa linha é o entendimento de Gustavo Tepedino (2004, p. 124), ao afirmar que a economia deve ser preservada e estimulada sem o sacrifício do projeto constitucional que tem a pessoa humana, e conseqüentemente da solidariedade e justiça social, seu valor supremo.

Não há espaço para exclusão, seja ela econômica (superendividamento) ou social (velhice). O bem comum deixou de ser próprio de um *étnos* para integrar a comunidade irmanada pelo respeito às diferenças. Enfim, é transpor esse respeito para a esfera de reconhecimento social (RESTA; JABORANDY, MARTINI, 2017, p. 100), sem o reconhecimento das diferenças não há como ter condutas cotidianas de lealdade e transparência.

Como se vê, o princípio da solidariedade vai muito além de ser mola propulsora da qual saltam direitos fundamentais por mera retórica acadêmica em homenagem ao valor solidariedade, ele antes promove mudanças na essência das relações sociais.

É importante reforçar que a solidariedade como valor comporta um conceito axiológico quando expressada pela empatia ou caridade, que, como visto, não é a abordagem da tese. A solidariedade, nessa perspectiva, comporta uma diversidade de critérios por meio dos quais pode ser qualificada como boa e compatível com o Estado de Direito. Por outro prisma, o que mais interessa ao presente trabalho, quando se analisa o conteúdo deontológico da solidariedade, aporta-se à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2014, p. 145), que estabelece um conteúdo deontológico básico que é de dever ou dever-ser.

Desse modo, no momento em que a Constituição estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se refere ao seu valor, que integra o conceito, por óbvio, mas lhe outorga conteúdo jurídico, integrando-o às estruturas normativas.

Embora o Código de Defesa do Consumidor empregue a solidariedade sob o prisma do direito das obrigações para distribuir ao longo da cadeia produtiva a responsabilidade do fornecedor, fortalecendo, assim, a proteção do consumidor, o princípio da solidariedade emerge quando a contemporânea teoria contratual (aplicável pela teoria do diálogo das fontes, conforme já analisado) obriga as partes a olharem além de si.

A constitucionalização do Direito Privado tem como um dos pilares o princípio da solidariedade, de modo que os institutos privados cumpram com sua missão de “proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais” (TEPEDINO, 2004).

Vive-se um antagonismo econômico, a se perpetuar em patamar superior proporcionalmente ao descumprimento da colaboração. O pensamento solidarista, na acepção jurídica do termo, se revela pela cooperação social e, conseqüentemente, cooperação contratual.

O dever de informação emerge do ideal de cooperação, de transferir o conhecimento que se tem ao outro que dele necessita para decidir, autonomamente, se toma o crédito.

Mais amiúde, quando se afirma que a manifestação da vontade deixou de subsistir apenas sobre si mesma e a ela se agregam as consequências jurídicas decorrentes, emerge o dever de solidariedade de modo a reconhecer no outro o direito a ter direitos.

Certamente, haverá os críticos que reprovarão as sanções do parágrafo único do artigo 54-D no sentido de haver uma interferência estatal, pelo juiz, na relação privada, firmada em contrato válido. Porém, a litigiosidade dimana justamente do descumprimento da norma. Se houver a observância dos preceitos estabelecidos em todo o capítulo destinado ao superendividado, não haverá motivos para a sanção. Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que para o fornecedor cumpridor de seus deveres, o código, em sua versão mais atualizada, é bastante positivo.

Sem a irradiação do princípio da solidariedade sobre a fase pré-contratual, dificilmente o litígio será evitado, mas não se trata apenas da sobrecarga do Poder Judiciário. Trata-se, sobretudo, do respeito aos direitos fundamentais do idoso para que não haja necessidade de adequação das condições contratuais, pois estar-se-á diante de um contrato justo.

Sem a solidariedade, a boa-fé objetiva estabelecida na lei não será suficiente para atender aos preceitos constitucionais, o princípio da solidariedade tem o condão de ampliar o conceito.

Isso porque da dignidade da pessoa idosa emana o imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, reconhecendo seus direitos fundamentais e os instrumentos jurídicos destinados à defesa de seus interesses. Como já referido, a evolução da concepção de dignidade humana promoveu expressiva modificação do “sujeito de direito”, pessoa abstrata, em regra associada à versão do capitalismo clássico, transformando-o no ser humano, na pessoa com suas particularidades e fragilidades, carente de proteção em um mundo tão desigual.

Na atualidade, proteger o idoso consumidor passa pela repersonalização das relações civis, altera o foco do homem hipoteticamente considerado e o real. Porém, o Código de Defesa do Consumidor, após a renovação, vai além: exige que cada idoso seja contextualizado em sua própria realidade e deixe de ser apenas uma pessoa que tem mais de 60 anos.

No enfrentamento do superendividamento, a ausência de informação clara e ampla sobre a negociação que se está em vias de concretizar é importantíssima, demonstra que o texto constitucional não é mera declaração de boas intenções. A

força normativa da Constituição suplanta a força política, constituída de poder jurídico suficiente para impactar a realidade social brasileira.

O princípio da solidariedade promove a transposição do indivíduo para a pessoa. Desse modo, a liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade (ROSENVALD, 2005).

A deslealdade, como já se referiu, pode gerar consequências como o superendividamento, pois sendo oferecido sedutoramente e encontrando um contratante sequioso de realizar os seus desejos, vulnerabilizado pela idade já avançada e pela ameaça de exclusão social, o crédito se torna a tábua de salvação diante de um problema.

Em continuação, analisar-se-á a importância de pensar no dever jurídico e constitucional de solidariedade⁸⁷ enquanto objetivo da República brasileira, e de que forma e com que dimensão pode servir de suporte para legitimar a proposta de política pública legislativa que se passará a abordar.

6.3 A prevenção do superendividamento e o aconselhador de crédito como política pública com vistas à concretização da dignidade do idoso

A despeito do relevo do tema de proteção dos direitos fundamentais do idoso consumidor, especialmente em se tratando de contratos de crédito consignado, relevância avivada pela aprovação da Lei 14.181/2021, proliferam notícias, amparadas por estatísticas, do que há muito já se reconheceu: a lei, em sua compreensão meramente teórica, não é suficiente para assegurar a efetiva proteção dos direitos que prevê.

É de conhecimento geral que a legislação, para atingir sua específica finalidade, deverá ser implementada de forma prática, sob pena de, em se limitando à conformação meramente formal, revelar-se mera retórica acadêmica a defender direitos, desprezando a axiologia constitucional.

⁸⁷ O fundamento reside nos princípios da função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição).

Inegavelmente, o mundo pós-moderno vem mudando o perfil dos relacionamentos sociais e econômicos. Inovações científicas e de comunicações influenciam particularmente no modo de vida das pessoas.

O programa de medidas jurídicas adequadas deve acompanhar e incentivar as modificações que se mostram necessárias, não apenas como fórmula de obtenção de conduta antevista, eis que inoportuna para o enfrentamento das complexas problemáticas da sociedade moderna.

A dependência de vários serviços e produtos que se protraem no tempo gera dívidas futuras em face da indispensabilidade. Sob esse prisma, o endividamento não é nocivo, a problemática gira em torno de seu excesso e descontrole.

No Brasil, a cultura de consumo se distancia muito da (prudente) economia de poupança, na qual se junta o valor suficiente para aquisição de um bem desejado pelo consumidor; ao contrário, recorre-se ao crédito para que o produto seja comprado imediatamente.

Embora seja essencialmente um fato individual, o endividamento excessivo gera consequências sistêmicas tendo em vista que, diante das deficiências do Estado em prover o mínimo existencial, a grande maioria da população consome praticamente toda a sua renda em necessidades básicas e precisa do crédito para adquirir bens, móveis ou imóveis, de valores mais expressivos. Nesse contexto, viver a crédito é um bom hábito de vida.

Mas não se pode ser tão pessimista. O crédito promove inúmeros benefícios: se há crédito ao consumo, a produção aumenta e mais empregos são gerados, a economia mantém-se ativa, o custeio da Previdência Social é mantido e melhores condições de vida repercutem no sistema de saúde. No entanto, há fatores que merecem especial atenção porque maculam a função social que o crédito deve viabilizar.

O bom crédito é aquele que promove a inclusão de todas as pessoas, inclusive as de baixa renda. Tal premissa permite concluir, portanto, que o incentivo e acesso devem ocorrer de forma equilibrada e responsável. Por se tratar de um serviço complexo, é preciso que a tomada do crédito seja “bem administrada” para evitar o excesso que levará o consumidor à subjugação de dívidas impagáveis.

Para além do que regula o ordenamento jurídico brasileiro, tendo presentes as recentes alterações normativas no Código do Consumidor, o Direito pode ser decisivo na relação consumidor/fornecedor/ sociedade x Estado? A resposta a tal

questionamento deve adotar como pano de fundo a compatibilização entre a punição e a sanção premial, instrumento mais adequado a superar os obstáculos oriundos da própria necessidade de evolução.

A fim de melhor compreender o raciocínio jurídico, é preciso enfatizar que consumidor idoso e fornecedor do crédito estão imersos no mercado de consumo, indissolavelmente interligados um com o outro, e não são, como a visão tradicional busca perpetuar, dois interessados que se encontram e buscam satisfazer a si próprios.

Essa relação pode ser reproduzida, em alegoria, no famoso quadro de Goya, “Duelo a garrotazos” (1820-1823). O pintor retrata dois contendores enterrados na lama até os joelhos, cada qual bradando seus bastões na luta interminável, defendendo-se um do outro⁸⁸.

Cada movimento da disputa faz com que a lama viscosa os engula, gradualmente, mas a que ritmo? Isso depende da sua agressividade, pois na intensidade da batalha, os movimentos aceleram o atolamento (SERRES, 1990).

Uma rápida análise torna perceptível que, sob o ponto de vista jurídico, a lei arrima seus direitos, ambos têm amparo legítimo para defender seus interesses antagônicos. As regras são claras: preveem condutas de modo que a ação dos atores se desvele nos limites postos.

Dada a adequação e obediência aos ditames legais, que resta fazer? Muito embora juridicamente respaldados, os beligerantes permanecem ignorantes quanto ao efeito mais preocupante: a precipitação ao abismo, “mas do exterior, nós, pelo contrário, vemo-lo bem” (SERRES, 1990, p. 11).

O “nós” corresponde à sociedade, todo o conjunto social que inevitavelmente sofrerá as consequências, independentemente de em quem concentrem suas apostas, pois os “lutadores” serão tragados pelo pântano sem que se chegue a algum resultado benéfico a longo prazo. Diante da cena, percuciente, Michael Serres (1990, p. 12) indaga: “Em que areias movediças nos atolamos em conjunto, adversários activos e espectadores perigosos?”. Todos perdem.

⁸⁸ GOYA Y LUCIENTES, Francisco de. *Duelo a garrotazos*. Técnica mista sobre revestimento de parede transferido para tela, 125 x 261 cm. Disponível em: <https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/duelo-a-garrotazos/2f2f2e12-ed09-45dd-805d-f38162c5beaf>. Acesso em 02 de nov. 2021.

Sob esse pano de fundo, é chegado o momento em que a pesquisa proporá a sua contribuição quanto à política pública. Apesar das dificuldades encontradas para manter dinâmica a realização da pesquisa quando tantos fatores influenciam esse processo, as amarras devem ser rompidas para superar, finalmente, a hegemonia crescente da esfera mercantil capitalista.

O reconhecimento da direção política e da ação governamental como enfoque da orientação social é importante, mas a sociedade ativa depende da formação da vontade coletiva, algo bem mais amplo que a vontade das elites. A ação coletiva, derivada da vontade coletiva, é que promove as transformações sociais, dialogando com instituições, organizações, redes e comunidades (SCHMIDT, 2016).

Infelizmente, por tudo quanto se tem notícia e em vista de estudos sólidos, a prática da concessão de crédito revela uma dura realidade inversa, por isso se propõe alteração legislativa no Código de Defesa do Consumidor como política pública. Tendo a prevenção do superendividamento como objetivo da pesquisa e como pilar a informação leal, transparente para acesso ao crédito responsável, a alteração proposta é a inserção do aconselhador de crédito como instrumento de concretização da política nacional de defesa do idoso.

Na expectativa das necessárias transformações sociais que o Direito deve promover, transmutando para os dias atuais a cena retratada pelo artista espanhol, é imprescindível que os espectadores (sociedade) interfiram para impedir que o pântano (mercado capitalista e hiperconsumista) engula os envolvidos (fornecedor e idoso). É necessário que os próprios contendores assumam deveres (interesses socialmente relevantes) que convirjam para a libertação da implacável areia movediça (superendividamento e seus efeitos econômico-sociais). Para tanto, mostra-se premente e indissociável a participação da sociedade, abandonando o papel de mera espectadora quando já tem elementos suficientes para constatar as consequências nefastas de sua omissão e negligência.

A trajetória é complexa, o caminho é longo e por vezes tortuoso, mas a realização de um projeto constitucional é sempre um desafio a ser vencido pela construção contínua. A Constituição não é obra acabada.

A legitimidade do projeto constitucional está diretamente atrelada ao empenho das instituições e da sociedade em afirmar direitos e cumprir deveres, muito embora ainda se insista em priorizar o indivíduo (na acepção egoísta do termo) em detrimento do grupo, gerando múltiplos conflitos, adstringindo-se a fraternidade à esfera moral.

Em semelhante raciocínio quanto ao individualismo, João Pedro Schmidt (2016, p. 46) afirma que, em longo prazo, a sociedade não pode ser boa nem mesmo estável sem responder às necessidades de seus membros, isto é, deve ser constituída sob responsividade, atributo que descarta o uso reiterado de formas verticais de decisões políticas, próprias das modalidades elitistas de governo. As necessidades básicas devem ser atendidas mediante decisões que combinam a autoridade e a participação dos cidadãos nas decisões políticas (SCHMIDT, 2016).

Assim, as relações não são um mero agregado de interesses individuais. Ter o bem comum como referência para dirimir conflitos é a razão para observar deveres, inclusive em prol dos outros e do futuro, para que, por esforços concretos do corpo coletivo, a sociedade fraterna e solidária seja realidade.

Nesse ponto, revisita-se as profundas reflexões de Gilles Lipovetsky (2007, p.20), que descreve a sociedade atual, ávida pela satisfação pessoal, como hiperconsumista de produtos e serviços impregnados de mensagens e sensações de estímulo à felicidade. Lipovetsky (2007, p.20) prognostica que chegará o momento em que a invenção de novas maneiras de produzir e trocar os bens de consumo renovará a avaliação das práticas mercantilistas. Neste momento, a sociedade de hiperconsumo terá morrido, cedendo espaço a outras prioridades, um novo bem-viver (LIPOVETSKY, 2007).

Enquanto se está na travessia, lutando-se pela construção de novos paradigmas calcados em valores socialmente relevantes, predomina a visão essencialmente capitalista-individualista, em que a ordem econômica e o consumidor idoso são antagônicos e se confrontam no campo de batalha contratual.

O artigo 170 da Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, fundamenta-se na livre iniciativa, o que a eleva à categoria de princípio. Além disso, o legislador constituinte, no mesmo dispositivo, consagrou outros dois princípios da ordem econômica: a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Muito embora a ordem econômica seja uma parcela da ordem jurídica e esteja comprometida com a preservação do capitalismo, tais princípios se encontram sob o abrigo da dignidade humana, consubstanciando sistema de princípios e regras jurídicas, uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, 2003).

Além disso, na persecução da justiça social, coordenam-se os princípios da propriedade privada e sua função social, da livre concorrência quando se tem em mira

a redução das desigualdades regionais e sociais. A consagração dos princípios espelha, portanto, o projeto constitucional de que deve existir complementariedade entre atividade econômica e defesa do consumidor, e, melhor adequando ao escopo da pesquisa, entre o fornecedor do crédito consignado e o idoso.

As grandes transformações sofridas pelos idosos quanto à longevidade, qualidade de vida, participação política e interação na sociedade, particularmente as ocorridas no passado recente, exigem a reavaliação jurídica e sociológica do contexto. Isso porque, em face da baixa expectativa de vida, muito pouco se tratava a natural perda cognitiva do idoso e o agravamento de suas fragilidades. À medida que os anos de vida avançaram – e se alongam –, a proteção reclamou maior tutela.

Relativamente aos direitos fundamentais do idoso, a nova leitura constitucional, assim como o Estatuto do Idoso, também contribuiu para a derrocada da rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, com a “queda do muro a separar o Estado e a sociedade” (NEGREIROS, 2006a, p. 48).

Como bem identifica Guita Grin Debert (1999, p. 13), vive-se o processo de “socialização progressiva da velhice”, uma vez que a esfera pública recepiona a senectude, até então enclausurada na esfera privada, integrando-a à sociedade. Ao mesmo tempo, complementa a autora, há a sistemática “reprivatização da velhice”, cujo cerne está na responsabilização individual do idoso pela condição em que se encontra, retirando-se o envelhecimento do leque das preocupações sociais e limitando-o à esfera de autonomia de cada um (DEBERT, 1999, p. 14). Confortavelmente, a sociedade se omite.

Não se trata de mera constatação de mudanças, e sim de compreendê-las sob a concepção axiológica a partir do valor fonte: a dignidade da pessoa humana. “Inaugurada nova ordem, o homem moderno, essencialmente proprietário porque cultuador do ‘ter’, deve ser tutelado pelo ‘ser’ com primazia à relação existencial em detrimento da realização patrimonial (NEGREIROS, 2006a, p. 62).

O capitalismo tardio, movido pelo consumismo, corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos, sua dinâmica se assenta na produção de necessidades, e não de mercadorias (BARBER, 2009). Falsas necessidades, desejos efêmeros e bens supérfluos carregam a simbologia do pertencimento.

As necessidades reais não são mais atendidas pelo capitalismo produtivista. Hoje, quando a capacidade de produção é nitidamente maior, grande parte dos seres humanos nos países não desenvolvidos são excluídos do consumo, enquanto nos

países desenvolvidos adotam-se estratégias massivas para, por meio da satisfação de necessidades inventadas, obter o maior lucro possível (BARBER, 2009).

No Brasil, a concessão do crédito possui retrato semelhante. As partes envolvidas são separadas por um fosso, representado pela grande assimetria, vulgar e confortavelmente denominada como regra de mercado, ou autorregulação. Essa visão equivocada prejudica a sociedade cujos idosos, além de banidos do mercado de consumo, também estão fragilizados pelos efeitos da falta de autonomia, o que repercute no desenvolvimento do capital humano do país.

O capitalismo de consumo é insustentável e inaceitável, é preciso redimensionar o público na vida social e bloquear o poder do dinheiro (SCHMIDT, 2016). Condutas conforme a boa-fé, primando pela satisfação da função social, são indispensáveis para que a relação contratual seja equilibrada, pois se trata de “reformular as estruturas econômicas *pari passu* à transformação política, moral e cultural” (SCHMIDT, 2016, p. 59).

Desse modo, a intenção de obter lucro exorbitante, em aproveitamento da fragilidade do menos favorecido pela utilização do contrato descolado da sua função social, que vai além das partes e redundando na circulação de bens e serviços, bem como o abuso da boa-fé do idoso, são práticas incompatíveis com o comando constitucional, fortemente repelidas pelos princípios contemporâneos do Direito contratual.

A repressão ao abuso do poder econômico demanda políticas públicas eficientes para sua plena execução e que, coerentes com a Constituição Federal, afluam para a proteção do consumidor, elegendo-a entre os objetivos centrais da defesa da concorrência. Nesse contexto, a jurisprudência tem entendido como plenamente válidas “as restrições à livre iniciativa que são efetivadas para concretizar outros princípios constitucionais, sendo comum a compatibilização entre a livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor” (PFEIFFER, 2015, p. 29).

Note-se que o autor refere a validação pela jurisprudência, o que reflete a realidade, pois a sociedade ainda se posiciona apartada das relações contratuais. Sob a concepção de que a liberdade das pessoas deve ser respeitada e o contrato tem seus limites ainda emoldurados pela autonomia privada, o economicamente mais forte permanece indiferente aos desequilíbrios que possa fomentar, abusando dessa condição.

Logo, o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de norma de ordem pública, impacta diretamente as relações privadas. Porém, não apenas no sentido de legitimar a intervenção estatal, mas, principalmente, por compromissar, de modo impositivo, os particulares com a manutenção da ordem.

Política pública pode ser definida como um conjunto de decisões e ações de órgãos públicos e organizações da sociedade, dotadas de coerência intencional, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político. Toda política pública constitui uma tentativa de intervenção na realidade social, seja de controle ou de mudança, deflagrada com base na percepção pública de que uma situação indesejada requer intervenção transformadora. Na perspectiva do ciclo de políticas, essa percepção está na origem de um problema político. Uma parte dos problemas políticos é inserida na agenda governamental, condição necessária para a formulação da política, seguida da sua implementação e da avaliação. Esse ciclo envolve múltiplos fatores e agentes de diferentes grupos de interesse, cuja interação e correlação de forças definem os seus desdobramentos práticos (SCHMIDT, 2016, p. 44).

A política pública propositiva legislativa é no intuito de, adotando-se a lógica solidarista, evitar o litígio, constatando-se que, na esfera dos particulares, haverá mais eficácia se já implementada na fase pré-contratual, de modo a dispensar, ou ao menos mitigar, o intervencionismo estatal.

Constatado o problema político que é o superendividamento do idoso, formula-se a alteração legislativa no Código de Defesa do Consumidor comprovando o interesse público para que ações sejam executadas pela sociedade civil, devidamente coordenadas pelo Estado.

Diante do referido problema político, ocorrerá o incremento da política nacional de defesa do consumidor, de forma que a fase de implementação da política pública sugerida, que é o aconselhador de crédito, exprimirá a busca da concretização da maior defesa dos direitos fundamentais do idoso. Isso porque “as diretrizes constantes nos documentos da política, dos planos, dos programas e dos projetos passam a orientar a prática através de ações e atividades que afetam diretamente a vida dos cidadãos” (SCHMIDT, 2018, p. 135).

No campo dos contratos de crédito consignado para idosos, são encontrados muitos desafios na luta pelo acesso responsável, notadamente porque o Brasil é um dos países com juros e *spread* mais altos do mundo, cenário que favorece a multiplicação das dívidas em curto espaço de tempo.

Nesse sentido, a questão informacional tem papel muito relevante na mitigação da assimetria entre o fornecedor e o idoso, e deve promover, tanto quanto possível, equilíbrio contratual. Nesse espírito, é importante que o contrato seja fundamentalmente originado da vontade consensual das partes, afastando, assim, a prevalência do poder que uma delas tenha ao ponto de determinar unilateralmente os termos do contrato.

O contexto opaco exige a qualificação da informação, a exposição dos termos contratuais e o esclarecimento dos efeitos produzidos na seara privada do idoso, deverão servir de sustentação para sua reflexão de tal modo que ele se sentirá seguro e confiante na tomada de suas decisões. Nesse caso, a autodeterminação é palavra-chave na efetivação da autonomia humana, perpassando a transparência e lealdade na prestação de informações adequadas e seguras.

Ao longo de toda a pesquisa, examinou-se os fatores entendidos como mais relevantes na análise dos contratos de crédito consignado destinado aos idosos, concluindo-se que a informação prestada pelo fornecedor é inadequada para prevenir o superendividamento, antes, pelo contrário, a violação do dever é tal que o estimula.

Considerando-se que as políticas públicas representam as iniciativas estatais para atender a demandas sociais em torno de questões comuns, e podem ser executadas diretamente por órgãos públicos ou delegados, organizações da sociedade civil ou privadas (SCHMIDT, 2018, p. 122), é chegado o momento de apresentar a contribuição que os particulares devem dar à sociedade na busca da adequação e da clareza de informação. O princípio da solidariedade é o substrato jurídico próprio de uma sociedade que busca assentar seus pilares na fraternidade, justiça e liberdade.

No processo de reconstrução do Estado brasileiro, com a estabilização econômica, que restituiu ao país a possibilidade de planejamento, há uma demanda que vai muito além de regras do jogo que tornem previsíveis os comportamentos num ambiente de negócios. Não basta a existência de regras claras, autoridades confiáveis e Poder Judiciário efetivamente atuante. A organização da vida depende de todos os dispêndios necessários para as “tarefas civilizatórias” e, além destas, a dinamização da atividade produtiva e criadora com um objetivo em si (BUCCI, 2013).

O Código de Defesa do Consumidor tem uma trajetória vitoriosa na defesa dos consumidores. Porém, na ausência da coordenação equilibrada dos direitos e

deveres entre os envolvidos na relação contratual, propõe-se a criação do aconselhador de crédito.

O aconselhador, como o nome indica, será um terceiro, com formação suficiente na área de educação financeira e também jurídica, que prestará todo o auxílio necessário para além dos elementos do contrato de crédito. Ele também analisará, mediante entrevistas com o idoso e com suporte multidisciplinar, a real necessidade de contratação, sua capacidade financeira para assunção de dívida, bem como esclarecerá os efeitos e consequências do crédito consignado em sua renda familiar. Mais importante se revela o aconselhador quando o idoso já possui crédito consignado contratado, pois o risco do superendividamento é aumentado.

Consabidamente, o sistema de tratamento e prevenção do superendividamento inspirou-se no sistema francês, o qual prioriza o pagamento da dívida e não o seu perdão (tal qual no sistema estadunidense). Em consonância com esse espírito de recuperação financeira do superendividado por meio de um processo de educação para prevenir a repetição do problema, os idealizadores do Projeto de Lei 3515/2015, que redundou na Lei 14.181/2021, guiaram-se pelo sistema francês.

Nesse mesmo intuito, a pesquisa buscou no ordenamento jurídico português inspiração para a proposta legislativa desta tese. No referido ordenamento, o Decreto Lei n. 144/2009 é a norma que regulamenta o “mediador de crédito”, cuja missão é a defesa e promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito, contribuindo para a melhoria do acesso ao crédito. Embora possua independência, o mediador de crédito vincula-se ao Banco Central de Portugal⁸⁹.

Sugere-se utilizar a nomenclatura “aconselhador de crédito” ou “aconselhador financeiro”, pois no ordenamento jurídico brasileiro o mediador, nos termos da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tem atribuições diversas do escopo da proposta.

Dada a realidade brasileira, e a abrangente política nacional de consumo que comporta atuação administrativa bastante eficiente, e considerando que a sociedade deve dar seu contributo para a promoção dos interesses do idoso, a proposta destina-

⁸⁹ No sistema português, a intermediação entre clientes bancários e instituições de crédito ocorre mediante apresentação de pedido ao mediador, que analisará a situação e os documentos que embasam o requerimento. Havendo viabilidade, a proposta será enviada à instituição de crédito, que a aceitará ou não. Como a proposta não possui obrigatoriedade, não havendo consenso, encerra-se a mediação e o consumidor deverá buscar os meios legais cabíveis.

se à esfera privada⁹⁰, no sentido de obter a cooperação de um terceiro (assim definido sob a perspectiva da relação contratual) em benefício dessa especial e significativa parcela da população, que, por seu valor, revela-se como verdadeiro patrimônio humano.

Por meio da alteração legislativa, procura-se apresentar instrumentos para que a técnica jurídica possa contribuir para transformar a sociedade, catalisando suas forças em direção ao desenvolvimento.

Sob a compreensão de que a relação contratual se constrói por meio de ações coordenadas e direcionadas ao bem comum, o aconselhador de crédito concorrerá para que o vínculo obrigacional se desenvolva e alcance o seu fim, contemplando as legítimas expectativas inerentes ao programa contratual⁹¹, contribuindo solidariamente com ambos os polos para um desfecho justo. Nesse esteio, o aconselhador de crédito deverá ser regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Etzioni (2001, p. 75), ao discorrer sobre a boa sociedade, destaca que Estado, comunidade e mercado requerem uma associação equilibrada. Um tripé em que cada parte deve cuidar que “otros no exceden sus funciones, para asegurar que nadie usurpe la tarea que el otro puede realizar mejor” (ETZIONI, 2001, p. 75).

Desse modo, o idoso consumidor, tendo recebido a oferta de contratação de empréstimo consignado, encontrará suporte no aconselhador de crédito e a submeterá à sua análise, não se olvidando que a mesma deverá conter rigorosamente todos os elementos essenciais destacados pelo legislador, sob pena de a conduta ser ilegal por violar a boa-fé. No que se refere à completude das informações que a oferta deve conter, não haverá dificuldade em vencer esse obstáculo, porque a recente alteração do Código, como visto anteriormente, tornou obrigatória a apresentação da proposta de contratação, estabelecendo, inclusive, conteúdo mínimo (dados elementares), conforme determina o §1º do artigo 54-B.

⁹⁰ Busca-se apresentar pressupostos teóricos que subsidiam juridicamente a formulação de política pública. Utiliza-se para esse fim o ensino de Maria Paula Dallari Bucci de que “A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de estruturação do Poder Público capaz de melhorar a sua intervenção, tornando-a mais efetiva, racional e compreensível, e acelerar o processo de redução das desigualdades e inclusão social.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

⁹¹ Bastante importante é que o fornecedor do crédito apresente uma proposta por escrito do contrato que pretende celebrar com o idoso consumidor, observando-se o prazo de dois dias estabelecido pelo artigo 54-B, III.

Na busca do cumprimento da determinação legal, principalmente para que possa comprovar sua boa-fé, a fim de que seja facilitada a análise abrangente do crédito ofertado, o fornecedor deverá elaborar um quadro-resumo ou uma tabela como parte integrante da proposta, apresentada na primeira página para evidenciar o destaque necessário.

Importante frisar que o fornecedor não poderá se esquivar de tal obrigação. A recusa ou não entrega da minuta da oferta e do contrato é conduta vedada pelo artigo 54-G, inciso II, determinação que, no caso específico do empréstimo sob a forma consignada, é reforçada no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Ampliando a ferramenta de proteção ao idoso e municiando o aconselhador de prerrogativa mais eficaz na prevenção do superendividamento, sugere-se que a proposta do crédito seja objeto de seu parecer, que seria um espelho da oferta entregue ao idoso, constituindo-se como parte obrigatoriamente integrante do contrato de crédito em consignação.

Calha lembrar que, tal como já referido quanto à necessidade de regulamentação do mínimo existencial, o aconselhador de crédito igualmente deverá ser regulamentado⁹².

Assim, o idoso apresentará ao aconselhador de crédito a proposta de contratação de crédito que, como já enfatizado, conterà os requisitos formais exigidos pelo Código do Consumidor, cujos elementos formadores deverão ser suficientes para uma análise mais detalhada para elaboração de um parecer.

Primeiramente, o parecer consubstanciará que o idoso recebeu, de pessoa com interesses voltados ao bem comum, uma análise que extrapola o exclusivo conteúdo econômico do contrato, tornando mais claras e objetivas as informações relativas à contratação, que serão suficientes e adequadas para a tomada de decisão mais consciente, assegurando-lhe a autonomia condizente com sua dignidade. Não significa que o parecer tenha caráter compulsório, porque isso seria violar a autonomia privada dos contratantes; ao contrário, significa criar as condições suficientes para que a autonomia seja exercida de forma livre pela parte vulnerável.

⁹² O PL 3515/2015 que, posteriormente tornou-se a Lei 14.181/2021, já continha a seguinte redação: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas.

Questão diversa condiz com a obrigatoriedade de atuação do aconselhador de crédito em contratos que envolvam idosos. Diante de sua vulnerabilidade que reclama proteção mais acentuada na proporção da sua situação agravada, defende-se a obrigatoriedade de o contrato de crédito possuir como anexo o parecer do aconselhador de crédito neste caso específico⁹³.

Tal assertiva encontra suporte no próprio Código de Defesa do Consumidor que define, no artigo 6º, inciso II, como um dos direitos básicos do consumidor a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, que perpassa, necessariamente, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. O fundamento principiológico o Código já possui, o que se busca, neste momento, é a criação de instrumentos que lhe confirmem efetividade.

Desponta, igualmente, outra relevante repercussão da função desempenhada pelo aconselhador de crédito: a prevenção do litígio, tão evidente ao longo das alterações promovidas pela Lei 14.181/2021. Isso porque no procedimento de conciliação do superendividamento (a partir do artigo 104), o legislador determinou a obrigatoriedade do comparecimento de todos os credores para o ato de renegociação, justamente no intuito de promover o entendimento entre todas as partes e dispensar a instauração de processo judicial. Isso demonstra que o objetivo do legislador é a solução dialógica e consensual, e não a sanção.

Na direção da pacificação social promovida pelo entendimento, recorre-se a Fabiana Spengler (2018, p. 9), que assevera que o cidadão parece esquecido de que o conflito é fenômeno complexo e derivado de diversos fatores nem sempre definidos na sua regulamentação, extrapolando a normatividade e a decisão.

Assim, o objetivo do legislador quanto à inclusão social do superendividado se amplia e, estabelecida como objetivo claro e específico desde a fase pré-contratual, contribui grandemente com a prevenção do problema político⁹⁴.

A contumaz prática de mercado em que o fornecedor de crédito se omitia de entregar os documentos relativos ao negócio, assim como se negava em atender os pedidos do consumidor, está definitivamente superada desde 1º de julho de 2021,

⁹³ Por absoluta falta de espaço neste trabalho, avalia-se a compulsoriedade apenas em relação ao consumidor idoso, porém, pesquisas futuras poderão investigar a aplicação desta mesma política pública para todas as relações consumeristas em face da vulnerabilidade do grupo protegido.

⁹⁴ Por se tratar de intervenção já na fase pré-contratual, a atividade do aconselhador difere da atividade do mediador, nos termos da Resolução 125/2010, do CNJ.

sendo muito prudente, por parte do fornecedor, cumprir a lei para que as severas sanções patrimoniais não atinjam a relação.

Há uma grande desvantagem para o fornecedor caso não observe o comando legal. A sanção é a devolução, no máximo, do valor do que emprestou, sem pagamento dos juros, que é a essência do contrato e fonte de sua maior remuneração, além de se submeter à dilação de prazo, isto é, o lapso temporal de retorno do empréstimo será muito maior do que o projetado inicialmente.

Volvendo ao aconselhador de crédito, estabelecido o primeiro contato e munido dos documentos comprobatórios de todo o comprometimento de sua renda, o idoso receberá as orientações práticas sobre o contrato que deseja celebrar. O aconselhador, por meio de sua expertise, analisará os termos da oferta e poderá, já de início, avaliar se o crédito é ofertado de forma responsável ou não, esclarecendo a motivação de sua análise ao idoso para que ele tenha consciência de sua situação específica. Essa etapa se constituirá de encontro presencial para que haja o adequado acolhimento, recomendando-se que para cada caso concreto se avalie a necessidade de mais de um encontro, já que o objetivo é a decisão autônoma condizente com o mínimo existencial do consumidor idoso atendido naquele momento e circunstâncias.

Nesse norte, a quantidade de reuniões deverá ser suficiente para que todos os questionamentos particularizados sejam possíveis, lembrando, inclusive, que o constante desrespeito ao direito básico de informação priva o idoso de receber até mesmo a cópia do contrato ou da proposta o que redundará, via de regra, na necessidade de, ao menos, um segundo encontro. A maior abrangência da situação financeira do idoso permite melhor compreensão de suas condições sociais e econômicas, de modo que o atendimento realizado tem ínsito a busca do elo entre a lei (abstrata) e a pessoa (situação concreta), premissa a partir da qual o alcance da justiça se torna mais factível.

Como já referido, o aconselhador de crédito deverá sofrer regulamentação pelo CNJ, que, inclusive, poderá criar cursos de capacitação. Uma vez implementada a regulação, a acessibilidade ao aconselhador de crédito dar-se-á por meio da prestação de assistência jurídica das universidades, ou por meio da celebração de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

Na primeira hipótese, os núcleos de assistência judiciária dos cursos de Direito disponibilizariam, além dos próprios estudantes do curso, também os de Ciências Contábeis, Economia, Serviço Social e Psicologia. Assim, seria formada uma

equipe multidisciplinar com melhores condições de realizar a acolhida do idoso e estabelecer um diálogo aberto, com a supervisão de professores que estejam capacitados pelo CNJ.

Nesse caso, é importante que a universidade, convergindo com o espírito do legislador, tenha os instrumentos práticos para o atendimento do idoso, sendo necessário o acolhimento inicial ao endividado (desenvolvido pelos cursos de Assistência Social e Psicologia), que geralmente envergonha-se muito de sua condição atual de devedor. Tal atendimento visa promover uma atmosfera mais propícia ao bem estar do idoso, permitindo que compreenda que não se trata de um ambiente discriminatório ou de julgamentos morais, tornando-o mais aberto e disposto ao diálogo.

Na segunda etapa, é realizado o esclarecimento quanto aos documentos necessários para embasar a análise da situação (muitas vezes negligenciados pelos agentes financeiros) e o dimensionamento do caso concreto. Isso porque, para além do requisito etário, cada idoso possui peculiaridades que precisam ser analisadas pelos gestores do atendimento, pois cada pessoa merece um olhar particular para que a solução seja efetiva e produza efeitos práticos em seu cotidiano. Satisfeito esse estágio, finalmente, a elaboração do parecer jurídico sobre a relação contratual proposta. O parecer conterá uma análise econômico-financeira detalhada com lastro nos atendimentos realizados, demonstrando que o idoso foi conscientizado da situação em que inserido e das consequências que a contratação produzirá em sua realidade a partir de então. É importante destacar que o aconselhador não impedirá a contratação do crédito mesmo que as circunstâncias não indiquem como o melhor caminho, desde que devidamente esclarecido, é preciso que se respeite a vontade do idoso, mesmo que tal o leve ao superendividamento⁹⁵.

Concomitantemente, a universidade promoverá oficinas de educação financeira, objetivando a formação dos consumidores idosos para que, compreendendo melhor do que se trata uma contratação de empréstimo, futuramente possam realizar suas escolhas de forma mais consciente e autônoma.

⁹⁵ Relevante destacar que possivelmente nesta hipótese, o idoso assumirá conduta beirando a má-fé, o que poderá sujeitá-lo a perder a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estava devidamente esclarecido que o crédito o levaria a este nefasto comprometimento financeiro. por tal inconseqüência, não pode o fornecedor do crédito ser responsabilizado, o que reforça o fato de que o aconselhador de crédito desempenha papel determinante na relação contratual e no tratamento legal do problema, protegendo todos os envolvidos.

Em relação à segunda hipótese, advogados, capacitados para examinar cálculos e com conhecimento legal específico da matéria, atuam como defensores dativos integrados aos núcleos de tratamento de conflitos especializados criados pelos tribunais de justiça.

É inquestionável que a lei tem um papel preponderante, mas não bastam boas leis, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, se o Estado não cuidar de sua execução. Evidentemente, a submissão à lei é a primeira parte de uma ordem jurídica, mas para que o Direito seja propulsor de transformações sociais, o jurisdicionado deve atentar para o valor intrínseco das leis a que está submetido.

Se o dever de informar se resumisse a transmitir o conteúdo, por certo que não haveria tantos idosos ludibriados. Como essa não é a realidade, diante dessa lacuna originada pela má-fé, é preciso que o aconselhador de crédito prime pela transparência e cooperação do fornecedor, represente a solução concreta para permitir acesso às informações essenciais, esclarecer as dúvidas que surgirão na medida em que o idoso compreende melhor o que o contrato significa realmente.

Pragmaticamente, uma das questões mais complicadas na concessão de crédito é a análise do que seja o custo efetivo total – CET. A realidade é que o consumidor não tem condições de avaliar o cálculo complexo para concordar ou não com o valor. Em seu socorro, o sítio eletrônico do Banco Central disponibiliza uma ferramenta para explicar a elaboração da conta e como fazê-lo, porém, como já referido acima, a simples indicação de como calcular não implica, necessariamente, a compreensão da dimensão em que o CET afeta a vida financeira.

Se o homem médio terá dificuldades para compreender como calcular o CET, o que esperar do idoso, que na maioria das vezes na realidade brasileira, mal possui a educação básica, quanto mais a financeira? O idoso que, além de não saber fazer a conta, ou sabendo, não a faz, ou, na pior das hipóteses, tem medo de fazê-la, precisa ser amparado pelo aconselhador financeiro que mergulhará em seu universo e, transmitindo confiança, iniciará o tratamento necessário.

Infelizmente, o processo humanizado que se busca construir, por maior esforço que o Poder Judiciário empreenda nos núcleos de tratamento, é muito difícil de ser realizado pelo Poder Público em razão da alta demanda. É certo que, por exemplo, os Procons podem formar equipes de conciliação, mas é sabido que só no Rio Grande do Sul o número de municípios que possuem a estrutura é mínimo. A

constatação demonstra o quanto a cooperação da sociedade civil é importante como um dos mecanismos do sistema de prevenção ao superendividamento.

A fragilização das fronteiras da dicotomia Público-Privado não permite mais que se aguarde apenas do Estado a solução das problemáticas que a sociedade de consumo enfrenta. O renovado CDC tem ínsita a carga agregadora, isto é, sua positividade possui valor substancial de incrementar o ordenamento jurídico brasileiro.

A sobrecarga de juízes, servidores, conciliadores não permite a acolhida adequada, que exige tratamento especial em virtude do abalo psicológico que a grande maioria dos idosos enfrenta, agravado por um quadro de grande vergonha que, não raras vezes, ele esconde da própria família.

Investir capital humano voltado à atuação efetiva na prevenção do superendividamento significa que novos profissionais devem direcionar sua capacitação para analisar custos efetivos, taxas de juros, planos de pagamento. Isso não se obtém por uma entrevista de 30 minutos, por exemplo, que seria a realidade do Judiciário em face da grande demanda nos núcleos judiciais de tratamento de conflitos.

De igual modo, o aconselhador terá percuciência necessária para destacar as cláusulas que gerarão consequências negativas em caso de inadimplência. Se a tendência do idoso, e do consumidor em geral, é ignorar os detalhes negativos do negócio jurídico para satisfazer seu desejo (artificial), é de grande relevância que outra pessoa faça por ele.

Considerando-se que o artigo 6º do CDC passou a conter como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, educação financeira, prevenção e tratamento aos superendividados, a responsabilidade na concessão do crédito é o mínimo que a oferta deve conter.

Além disso, o artigo 5º estabelece mecanismos para execução da política nacional das relações de consumo, priorizando a atuação extrajudicial, e a nova lei vai ao encontro desse intuito, o que é muito positivo. Porém, há que se considerar que os índices de endividamento têm aumentado consideravelmente. A medida em que o consumidor conheça melhor seus direitos, a tendência é o aumento das demandas nos Procons, nas Defensorias Públicas e Núcleos de Tratamento de Conflitos. Infelizmente, no Brasil, a cultura do litígio oferece empecilhos para o alcance de melhores índices de solução consensual de conflitos, tornando inevitável o incremento de ações judiciais.

Nesse contexto, a contribuição dos particulares é imprescindível para a harmonização de interesses patrimoniais, não descurando os valores existenciais preconizados pelo Código ao estabelecer a reserva do mínimo existencial à pessoa humana.

Prosseguindo na exposição da política pública proposta, em relação aos termos pragmáticos, o aconselhador emitirá um parecer sobre a oferta apresentada pelo fornecedor, destacando todos os pontos determinantes da relação contratual, e ajudará o idoso, se assim desejar, a decidir. Esse proceder representa a concretização do direito de defesa do consumidor que, além de estar na essência do código, tem matriz constitucional. Assim, o particular estaria cumprindo a vontade da Constituição, colaborando para a construção da sociedade melhor.

O aconselhador financeiro, portanto, estampa as intersecções jurídicas entre o Público e o Privado, cujo reflexo é a efetiva vinculação dos direitos fundamentais às relações interprivadas, ao mesmo tempo que se preservam os interesses patrimoniais. Como já se analisou, o Direito Privado, ao sofrer a constitucionalização de seus preceitos, exige dos particulares privilegiar o bem comum.

Além disso, o aporte jurídico é encontrado no princípio da solidariedade para legitimar a atuação do aconselhador de crédito voltada às relações interprivadas, pois direciona as condutas para o bem comum. Cumpre destacar que o aconselhador não será responsável somente em defender os interesses da parte mais vulnerável, ao contrário, será o ponto de convergência entre liberdade e justiça, beneficiando igualmente o fornecedor.

As sanções impostas pela lei são medidas extremas. Analisando-se as recentes alterações, apreende-se a intenção do legislador em priorizar o entendimento entre os contratantes pautado pela boa-fé, por isso estabeleceu critérios objetivos, relegando a segundo plano a intervenção e imposição de condutas por um juiz. Assim, se desde a fase pré-contratual a boa-fé for observada, todos se beneficiarão e não somente o consumidor. Ocorre que na mecânica do sistema capitalista prepondera o poder do fornecedor, por isso há resistência em relação às soluções mais fraternas, o que somente perpetua a escravidão da dívida.

Nesse contexto, mister enfatizar que o risco do crédito consignado está no fato de se constituir em modalidade de pagamento, ao contrário dos contratos em geral, em que o contrato é a garantia.

Com mira no horizonte da sociedade fraterna, o aconselhador de crédito se mostra como relevante instrumento para propagar a perspectiva solidarista. A meta jamais será alcançada se não for empreendido o processo.

Quanto aos direitos fundamentais, a aplicabilidade é notória quando se adota a solidariedade como fundamento para os deveres de conduta na esfera pré-contratual, porque, além da prevenção, também se promoverá a educação financeira, que consiste na consciência e responsabilidade quanto aos atos negociais tendo presente a consciência dos direitos que a lei assegura.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, ao definir as condutas que devem obrigatoriamente ser observadas pelo fornecedor, estabelece o dever de proteção, impeditivo dos danos que uma parte possa causar à outra. Não se trata apenas de deveres para consigo mesmo, mas sim de que há “deveres jurídicos de observar condutas determinadas, de comunicar, de indicar alguma circunstância, em fornecer informações” (COUTO E SILVA, 2006, p. 40) cuja omissão, como já afirmado, possa resultar dano ao outro.

Essa óptica implica refutar a função coativa do Direito como exclusiva. Essa visão estrutural limita consideravelmente as soluções, e é bem possível que a resposta à sociedade não seja tão congruente com a vontade da Constituição, que vai muito além de instituir direitos, mas sim de poder gozá-los em uma sociedade mais voltada à fraternidade e ao bem comum.

O Direito utilizado como meio de direção social, sob a perspectiva solidarista da relação contratual como processo de construção, aperfeiçoará não somente a operação econômica, mas, sobretudo, qualificará a própria autodeterminação informacional do idoso vulnerável. Essa é a cooperação como dever almejada pelo legislador, relação obrigacional abrigada pelos traços de alteridade.

De fato, a defesa da ordem econômica e financeira também encontra proteção constitucional, mas essa proteção é integrada pela defesa do consumidor que, ao lado da livre iniciativa, é um dos motores da atividade econômica, todos vinculados à propriedade privada e sua correspondente função social, além da livre concorrência. Tal desiderato integra a essência da política nacional das relações de consumo, que se concretiza com a indispensável harmonização dos interesses dos participantes de relações dessa natureza.

O modelo estabelecido pelo constituinte no qual busca garantir a liberdade de mercado adjacente à defesa do consumidor reserva uma certa margem de

intervenção estatal que fará o papel de regulação, notadamente em relação a setores reputados essenciais para que, com isso, se possam criar mecanismos de busca da tão almejada justiça social (SILVA; REIS, 2019). No entanto, ao contrário do que se possa apressadamente concluir, não cabe somente ao Estado atingir os objetivos da República. Solidariedade, como bem frisou o legislador constituinte, é compromisso de todos por todos na busca pelo bem comum.

Na sociedade brasileira solidária, erguida em pilares de justiça e liberdade, a pujança da propriedade é relativizada pela função social, assim como a livre concorrência passou a ser vista pela perspectiva da defesa do consumidor, caracterizando-se pela união das pessoas em torno do bem comum.

Nessa interação entre Estado, cidadãos e sociedade, extrapola-se o campo da interpretação, pois, segundo Paulo Bonavides (2004, p. 592), “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam, concretizam-se”.

A constatação de que a concretização da defesa dos direitos fundamentais é muito mais um problema político do que filosófico infere-se da afirmação de Bobbio (2004, p. 23), ao asseverar que os direitos do homem dispensam justificativas e exigem proteção, a qual se transpõe à esfera do idoso consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor deixa bem clara a importância da atuação dos órgãos de defesa do consumidor como aliados no reforço da obrigatoriedade de respeito aos direitos, e a esse compromisso devem aderir os particulares! Estes podem atuar decisivamente na esfera pré-contratual, de modo que, dada a gravidade da repercussão do superendividamento para o idoso, sua família e o país, as soluções não sejam paliativas, mas se possa lançar mão de instrumentais jurídicos em compasso com a realidade. Se a informação qualificada pela transparência e clareza é elemento indispensável na decisão, evidentemente que a cooperação do aconselhador de crédito, já na fase precedente ao contrato, será tanto mais eficaz na profilaxia⁹⁶.

⁹⁶ Grande parte de doutrinadores consumeristas, tais como Claudia Lima Marques, Bruno Miragem, Clarissa Costa de Lima, Karen Bertoncello, Rosângela Cavallazzi, ao analisar os resultados da instauração do processo judicial de tratamento dos superendividados, assinala que as inovadoras e poderosas ferramentas consubstanciadas pelo Código incrementarão o número das ações judiciais. Desse modo, fácil é a constatação de que a lógica do litígio, calcada na perspectiva sistêmica de subsunção, atribuindo exclusivamente ao juiz o cumprimento da lei, por certo não alcançará os objetivos de prevenção e educação dos superendividados, perpetuando-se o protagonismo do já abarrotado Poder Judiciário.

Amparo legal o idoso já possui: o legislador, ao estabelecer as condutas obrigatórias para o fornecedor nos artigos 54-B, 54-C e 54-D, as determinou objetivamente na concessão do crédito. Em outras palavras, significa que o cuidado com as informações deve ser um pressuposto já na fase pré-contratual. O fornecedor deve analisar, de forma responsável, as condições concretas do consumidor idoso. Na busca da defesa do consumidor, o legislador reprovava o amplo acesso ao crédito sem a efetiva verificação da capacidade financeira do contratante.

No cumprimento desse dever, o fornecedor deverá elaborar uma proposta que estampe todas as informações pertinentes à contratação, pois “as informações referidas no art. 52 deste Código e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor” (artigo 54-B, §1º). Assim, presume-se que o fornecedor, observador da lei, elabore a oferta considerando as condições particulares do idoso, e é esse documento que será apreciado pelo aconselhador de crédito.

A pesquisa realizada em maio de 2021, pela Federação do Comércio de Bens e de Serviços do Estado do Rio Grande do Sul – Fecomércio-RS⁹⁷ revelou o índice de endividamento das famílias gaúchas em 75%, das quais 20,1% estão com as dívidas atrasadas e 5,7% não terão condições de pagá-las. Além disso, ao realizar a Peic em agosto de 2021, a Confederação Nacional do Comércio constatou que o percentual de famílias endividadas alcançou seu recorde mensal (72,9%)⁹⁸.

Com base nestes dados, é possível afirmar que o risco do endividamento superlativo vai além de um acontecimento social pontual, trata-se de uma epidemia econômico-social, em que pese o consolidado sistema de proteção ao consumidor.

Percebe-se que o grande problema não é a deficiência do Código de Defesa do Consumidor; evidentemente, o estatuto contém falhas e lacunas porque não há perfeição normativa. No entanto, o problema está no modo de interpretação de seus dispositivos e a maneira como têm sido burlados.

⁹⁷A Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC-RS) realizada pela Fecomércio/RS em maio de 2021 aponta que 75% das famílias gaúchas estão endividadas. No mesmo período no ano de 2020, o percentual era de 61%. Disponível em: <https://fecomercio-rs.org.br/wp-content/uploads/2021/05/PEIC-Maio-an%C3%A1lise.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

⁹⁸ Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), divulgada em 25 de agosto de 2021 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-08/cnc-percentual-de-familias-com-dividas-chega-729>. Acesso em: 02 nov. 2021.

A lei consumerista já está consolidada, portanto, não é caso de fonte insuficiente para o ordenamento brasileiro, e sim de crise da mesma.

Sobre esse tema, discorre Bobbio (2004, p. 23) que, instaurada e reconhecida a crise dos fundamentos, a sua superação não consiste em definir novas bases, a resposta estará em cada caso concreto conforme a aplicação dos fundamentos já existentes.

Em outras palavras, significa que o fundamento absoluto da proteção ao idoso consumidor, especialmente reconhecido como sujeito com vulnerabilidade agravada, deve ser amparado por ações concretas, minimizando possíveis fracassos, facilmente obtidos quando há a substituição incessante de fundamentos absolutos por outros igualmente absolutos (BOBBIO, 2004).

O desenvolvimento das atividades econômicas faz com que o Estado exerça a função de facilitador das relações privadas, garantindo sua continuidade e segurança e impedindo a dominação recíproca. Sendo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro um dos microssistemas mais avançados do mundo, não há necessidade de novos fundamentos, basta que seja adaptado à vida concreta.

O embasamento e sustentação da visão aqui defendida de que a realidade espelha outra face são encontrados na teoria funcional do Direito formulada por Bobbio, em que destaca a priorização da visão repressiva, afirmando que o Direito pune a inobservância das próprias normas e não premia a sua obediência.

O ordenamento jurídico deve tornar possível a convivência de pessoas ou grupos que perseguem fins individuais, assim como tornar possível a cooperação das pessoas ou grupos que perseguem um fim comum (BOBBIO, 2007).

O aconselhador de crédito, portanto, encontra fundamento nessas duas diretrizes. É plenamente possível a coexistência de interesses divergentes quando se delimita a esfera singular de liberdade, ao mesmo tempo que se estruturam interesses convergentes pelo desempenho de papéis específicos voltados a um fim comum.

No contrato não deve haver antagonismos, guerreiros bradando seus bastões na disputa sobre a areia movediça enquanto a plateia escolhe o seu representante, ignorante do prejuízo que a abaterá no futuro.

Alguém da plateia deve assumir seu papel, todos são comprometidos com os ditames da justiça social. A liberdade dos guerreiros não legitima a violação das condições dignas de vida, é preciso que o ser humano promova o respeito entre homens que se sabem diferentes, não desiguais.

A humanidade (da solidariedade) está em reconhecer “a diferença que exsurge na identidade quando os homens se identificam nas suas diferenças, para uma identidade concreta, que tem em si a diferença” (ANDRADE E JUNQUEIRA, 2010, p. 63).

Nesse norte, o idoso estará melhor amparado se houver uma pessoa fora da relação contratual, imbuída da função que o Direito deve desempenhar naquele caso concreto a fim de, utilizando a lei, esclarecer sobre o produto bancário ou a relação creditícia (renegociação ou obtenção de crédito) que pretende contratar, além de receber informações sobre seus direitos básicos, proteção de práticas ilegais e cláusulas abusivas. A técnica empregada será a da transparência, clareza e objetividade, e não a da saliência.

A proposta é no sentido de viabilizar esclarecimentos e também o diálogo entre os envolvidos. O intuito é concretizar em especial a política nacional de relações de consumo, promovendo a harmonia dessas relações envolvendo os idosos, em especial atenção aos princípios da educação e da informação de fornecedores e consumidores. De igual modo, a priorização de seus direitos e deveres, tendo como objetivo, a médio e longo prazo, promover, por meio dessas melhorias, a transposição da praxe do crédito facilitado para a cultura do crédito responsável, estruturando um mercado de consumo como espaço de harmonização entre a livre iniciativa e a dignidade da pessoa idosa.

No esteio da educação, tenciona-se também coibir práticas abusivas e desleais tomadas ao arripio da lei, por considerarem (os economicamente mais poderosos) que o risco de sanção é inferior ao benefício econômico auferido pela repetição das práticas descritas nos artigos 54-B, 54-C, e 54-D, isto é, correr o risco é mais vantajoso.

Como já afirmado, a lei define como idosa toda pessoa a partir dos 60 anos, porém, por inúmeros fatores psicossociais e econômicos, pessoas com a mesma idade apresentam condições diferenciadas. Assim, fatores tão influentes quanto faixa etária, escolaridade, vulnerabilidades especiais⁹⁹, condições socioeconômicas, não podem deixar de ser analisados caso a caso para que de fato o idoso compreenda detalhes importantes da relação a ser estabelecida. Consequentemente, a definição de “homem médio” não se mostra adequada no enfrentamento do

⁹⁹ Exemplos de vulnerabilidades especiais são idosos com deficiência, analfabetos ou semianalfabetos, com enfermidade grave conhecida do fornecedor.

superendividamento. Logo, o olhar atento à singularidade de cada qual é imprescindível, o que não se obtém apenas pela aplicação da letra fria da lei.

Como já referido, o primeiro instrumento a desencadear a perspectiva solidarista das relações dessa natureza é o dever de informação. Aliás, pode-se afirmar que se trata de um dever-direito, recíproco entre o idoso consumidor e o fornecedor. O fluxo de informações precisa ser concretamente adaptável à situação patrimonial do idoso consumidor, pois somente assim ganham forma adequada para legitimar o processo de tomada de decisão.

O conceito clássico de relação obrigacional se revelou inadequado e insuficiente para “tutelar todas as vicissitudes inerentes à visão solidarista da relação obrigacional, que não mais se limita ao resultado da soma de débito e crédito” (ERHARDT JÚNIOR, 2008, p. 144-145), de modo que a perspectiva estática do contrato deve incorporar a dinâmica da cooperação voltada a determinado fim.

Até que ponto o mundo jurídico poderá se organizar fora de uma preocupação ética relevante para a sociedade?

Credor e devedor são atores que integram a mesma comunidade, por isso não podem ter uns os direitos, outros as obrigações. Essa interação desvirtuada somente ocorre na medida em que a prática da lei, pelas diferentes interpretações na nascente do contrato, naturaliza a possibilidade de tirar proveito de alguém ou não impede o menosprezo e o dano.

Diante desse quadro, para que a Constituição seja posta em prática, não se pode deixar apenas a cargo do Estado o compromisso de uma sociedade mais justa. O particular deve dar seu contributo porque munido do valor solidariedade, que, tendo juridicidade, justifica a intervenção. Concretamente, tal intervenção precisa se dar no âmbito da relação humano-humano, e não norma-jurisdicionado. Por esse motivo, diante da necessidade de se realizar a harmonização entre a liberdade individual e a defesa do idoso, entende-se que o aconselhador de crédito é instrumento consentâneo para alcançar tal desiderato.

Além disso, na busca por alternativas que contemplem direitos socialmente relevantes, substituindo-se a perspectiva do litígio (que apresenta solução pontual, mas não debela o problema em sua dimensão macro), a prevenção se revela instrumento curial para a reinserção do idoso no mercado de consumo.

Na persecução da função promocional do Direito, a atuação do aconselhador de crédito se direciona a efetivar sanções positivas, dentre as quais, no campo contratual, destaca-se o cumprimento do contrato como a máxima a ser alcançada.

Com base nas premissas expostas, é possível afirmar que o instituto do aconselhador de crédito carrega em sua essência o contributo da eficiência plena na concretização da dignidade humana do idoso. O contrato, portanto, consubstanciar-se-á em instrumento para o atendimento de interesses sociais relevantes sob a filtragem constitucional, subordinando-se à atividade econômica engendrada na existência, conforme os ditames da justiça social.

A ausência do processo dialógico justifica a contribuição do aconselhador para que a lacuna seja suprida. Intervindo na relação negocial, será ele a apresentar as informações ao futuro tomador do crédito, expondo-lhe, em linguagem simples e compreensível, os riscos e benefícios, oportunizando perguntas para ilidir dúvidas. Ao final do processo, provavelmente o idoso compreenderá melhor o crédito que lhe está sendo ofertado, quem é o fornecedor, qual o nível de comprometimento de sua renda em razão do custo total a pagar, para que possa decidir se deseja ou não contratar.

Sob a perspectiva solidarista, isto é, imbuído do objetivo de obter o melhor resultado possível dentro das expectativas do idoso, no processo dialógico, o aconselhador terá melhores condições de avaliar as situações concretas tão relevantes.

Conforme alerta Cláudia Lima Marques (2010, n.p.) “crédito consciente e responsável só pode ser concedido com tempo e reflexão”, ou seja, melhores informações resultam em decisões mais sensatas e realistas. Identicamente, o dever de informar, quando bem cumprido, induz à contratação mais consciente. A melhor análise da relação custo-benefício dá ao idoso a certeza de que fez a melhor aquisição e futuramente faria de novo.

O móvel do contrato deve ser no sentido de estabelecer cláusulas que tenham legitimidade universal, e não apenas para viger no microuniverso das partes envolvidas. Na ausência de reciprocidade de interesses comuns (que sobrepujam ganhos individuais), atuará o aconselhador de crédito.

Nesse sentido, considerando-se a acentuada vulnerabilidade do idoso em face da grande oferta de crédito, conclui-se que, não cumprindo o fornecedor de crédito lealmente seu dever de informar com boa-fé, na fase pré-contratual, afastando-se assim do paradigma solidarista da Constituição Federal, a prevenção do

superendividamento, no âmbito das relações interprivadas, será incrementada pela atuação do aconselhador de crédito.

Tendo por objetivo que a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais para promover o desenvolvimento nacional são componentes da sociedade livre, justa e solidária, assume esta, dentro da engenharia constitucional, a fundamentalidade de princípio que conclama a sua realização tanto pelos Poderes Públicos quanto os demais destinatários da norma (MORAES, 2008), justificada está a proposta legislativa como instrumento da política pública de educação financeira do idoso consumidor.

A situação atual mostra-se deficiente quanto à promoção da dignidade do idoso nos termos propostos pela Constituição, pois mantém o condão de direcionar ações que nem sempre são utilizadas na prática, deixando muito expostos os idosos aos riscos do superendividamento.

As sanções repressivas, tão tradicionais no Direito, não se amoldam mais ao estágio de progresso das técnicas disponibilizadas pelo legislador para garantir a observância das normas. Há que se desenvolver a consciência de todo, de conjunto, de coletividade de humanos, para então estimular ações e condutas por métodos eficientes de cumprimento voluntário das diretrizes legais.

Assim, ao lado das sanções estabelecidas pelo Código mediante a intervenção do Juiz para restabelecimento do equilíbrio contratual, seja por meio da redução dos juros, encargos e demais acréscimos ao principal, seja pelo redimensionamento temporal para pagamento, pode-se acrescer o aconselhador de crédito que, como já afirmado, atuará decisivamente na fase preventiva do superendividamento, seja para o evitar ou mitigar os prejuízos.

Além disso, como o parágrafo único do artigo 54-D permite a aferição da responsabilidade do fornecedor conforme a ponderação do juiz quanto à gravidade da sua conduta em cotejo com as condições financeiras do consumidor, o aconselhador estará, também, laborando em benefício do próprio fornecedor, contribuindo para atenuar seu próprio prejuízo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Deve-se considerar, ainda, que em face do sistema capitalista, as sanções impostas aos fornecedores são diluídas nos custos de produtos e serviços a serem adquiridos pelos consumidores, o que permite rememorar a batalha representada na obra de Goya em que os espectadores perdem com a derrota de qualquer dos contendores.

Embora o reflexo imediato seja percebido na esfera interprivada, entende-se que o maior benefício reverte em prol da sociedade, pois a sociedade altruísta não se constrói apenas, ou preponderantemente, com sanções punitivas e repressivas.

As sanções premiaias de inclusão social e garantia do mínimo existencial que as inovações da Lei 14.181/2021 estabelecem serão alcançadas mais efetivamente se fundamentadas no princípio da solidariedade, que direciona condutas, removendo, em face de sua essência proativa, os particulares da comodidade de aguardar pelas políticas públicas estatais.

A complexidade organizacional da sociedade moderna permite ampliar a visão sob a perspectiva sociológica. Para tanto, a pesquisa adota a concepção de Émile Durkheim (2016) na obra *Da divisão do trabalho social*, já examinada anteriormente, em que a realização da solidariedade social se consuma a partir das sanções restitutivas, que se mostram mais ajustadas à realidade.

“[...] é inegável que o Estado moderno se vale cada vez mais das técnicas de encorajamento. [...] Entre essas técnicas de encorajamento o uso do aparelho jurídico (isto é, do sistema normativo coativo) assume um papel cada vez mais evidente, não para tornar difíceis ou desvantajosos os comportamentos considerados nocivos à sociedade, mas para tornar fáceis ou vantajosos os comportamentos considerados úteis, isto é, o uso de sanções positivas (BOBBIO, 2007, p. 137).

O desiderato constitucional está posto, os fundamentos da República são claros e visam cumprir com os objetivos de construção da sociedade fraterna e solidária. Esse é o estado das coisas que se deve perseguir, de modo que a perturbação gerada pelo superendividamento encontra suas justificativas plenamente consolidadas, tornando as sanções premiaias (DURKHEIM, 2016), já mencionadas, consentâneas ao atual período de desenvolvimento do Direito e da própria sociedade.

Talvez a discussão que se poderia travar neste momento seria que integrar a solidariedade jurídica às ações práticas no contexto egoísta-capitalista vivido é um plano sonhado e alimentado por otimismo excessivo e até mesmo ingênuo, que, por todos os aspectos da modernidade líquida (BAUMAN, 2008) e hiperconsumista (LIPOVETSKY, 2020), revela-se inalcançável, subsumindo-se sua idealização ao campo acadêmico.

Evolução significa romper velhos paradigmas, somente da crise nasce o novo, não se pode deixar de crer nisso.

A mudança de perspectiva é inexorável, a transformação dos valores individuais em valores também coletivos em pleno século XXI, adornado por todas as conquistas tecnológicas e avanços da Ciência, ainda concebe como natural a (provável) fatalidade de colapsos financeiro, político e cultural, favorecendo a descrença nas tentativas de realizar o correto e justo com o fracasso do respeito à liberdade (daí surge o adágio “a lei não pegará”).

É tarefa do pesquisador encontrar novos caminhos quando os existentes não alcançam a totalidade de sua potencialidade de realizar o bem comum por meio dos valores constitucionais consagrados que respeitam a pessoa, ao mesmo tempo que a consideram peça fundamental da sociedade.

Assim, os valores do Direito Público adentram o Direito Privado, ampliando a dimensão do que seja humano. Como afirmado por Kant (2018, p. 35), se a finalidade da existência do homem fosse meramente a alegria e o contentamento próprios, a inteligência e razão humanas seriam esvaziadas de sentido, bastando a inteligência instintiva para alcançá-las.

Há uma razão transcendente para a existência humana, que é regulada por uma lei que se expressa como imperativo categórico movido pela ética. O ser humano que alcance essa percepção de regência por valores universais será dono de si, porque é autônomo em relação a sua vontade, e livre. Portanto, a avaliação de cada um deve partir da premissa de que a máxima a ser tomada poderia valer tanto para quem a emite como para todos os demais.

Homens imbuídos dessa percepção são homens cumpridores da lei que, conforme o avanço e desenvolvimento moral da sociedade, consolidará um ordenamento de normas e princípios muito mais funcional do que sistêmico, promovendo “recompensas e premiações”.

E como a teia social é bastante complexa e a interdependência é um fator inegável, o dever-ser reflete em toda a sociedade que, aos poucos, vai se tornando harmônica, pacificada para, finalmente, ser fraterna.

Finalizando, a função da liberdade, para Kant, é a coexistência entre as liberdades das pessoas em conformidade com leis universais de conduta aferidas a partir de fórmula muito singela. Basta realizar a pergunta: “você também poderia querer que a sua máxima se tornasse lei universal?”.

O triunfo do individualismo moderno e a ficção jurídica da igualdade formal dos contratantes como expressão plena da autonomia da vontade foram sufragados

pela Constituição, e, posteriormente, reafirmados pelo Código Civil de 2002 ao reconhecer os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. Até o advento da Lei 14.181/2021, as dívidas impagáveis, que tornavam o consumidor superendividado, não eram amparadas pelo ordenamento e havia total submissão ao poder negocial do fornecedor. Criados novos mecanismos, desnecessário aguardar pelos resultados, que ainda levarão certo tempo, se for possível aprimorar o sistema de proteção.

Assim os valores existenciais da pessoa humana serão compatibilizados com os interesses patrimoniais, mas a autonomia, como já afirmado, conjugar-se-á com a solidariedade. A garantia de autonomia não depende apenas da não interferência indevida, mas também do oferecimento de condições para sua realização.

A vulnerabilidade do idoso exige a criação de condições e mecanismos de fortalecimento do direito à autonomia. O Direito estabelece os critérios mínimos que, como já se afirmou, são insuficientes porque ainda formalmente observados.

É necessário, neste momento, afastar a opressão, dominação e arbitrariedade ainda marcantes dos tempos clássicos do contrato. O resultado almejado somente será obtido se o Direito for utilizado como meio de transformação social, isto é, se a solidariedade conferir elasticidade à informação, um dos pilares da prevenção ao superendividamento, processo inelutável para uma melhor adaptação à dignidade do idoso.

Diante disso, vale mencionar que, para Ronald Dworkin (1999, p. 225), tão relevante quanto a igualdade formal é a concretização de uma igualdade material, pois aquela oferece pouca proteção contra a tirania.

Assim, é possível afirmar que o Direito não pode ser considerado apenas um conjunto de normas repressivas e punitivas. Em realidade, para além dessa função, deve também direcionar os destinatários a realizar condutas socialmente relevantes, assim consideradas sob o ponto de vista constitucional.

É evidente que a igualdade formal é relevante, pois garante a integridade do sistema jurídico. Entretanto, os problemas axiológicos ou sociológicos de contratação por emoção, negociações precipitadas, aquisição de produtos desnecessários ou inadequados, que precisam ser solucionados, reclamam algo diverso do mero convencionalismo (para a igualdade formal).

O aconselhador de crédito, objetivando uma relação contratual equilibrada, não conceberá a informação apenas como um parâmetro para aplicação de sanções.

Ele a empregará principalmente na promoção do desenvolvimento negocial que, por sua vez, adequa-se a uma sociedade mais justa e pacificada.

Geralmente a paz é conceituada como a ausência de conflito, tranquilidade no espírito individual e coletivo, porém, há um conceito mais amplo, em geral idealizado, em que paz significa renúncia à força bruta, é ação que constrói a unidade por meio do diálogo para criar entendimento, harmonizando atitudes que são diferentes e educando para atitudes proativas e não reativas (CARVALHO, 2008). Em outras palavras “seu objetivo é que o bom seja para todos e não alguns (em geral os poderosos). Abraça também a construção de um ordenamento jurídico e social capaz de garantir sua permanência quando emergem perturbações” (CARVALHO, 2008, p. 79).

Entende-se que o aconselhador de crédito representa bem o âmbito promocional do Direito, pois, sendo previsto no Código de Defesa do Consumidor, que utiliza de técnicas de encorajamento e desencorajamento, não se limita apenas a premiar a pessoa que observa a lei. Ele utiliza técnicas de agir no espaço do lícito (dimensionado pelo próprio Código) ao mesmo tempo que dificulta as condutas indesejáveis ao transmitir as informações de modo leal, transparente e compreensível.

Ao fim e ao cabo, para estabelecer uma ordem de cooperação da pessoa solidária que se sobrepõe à pessoa solitária, basta questionar: “a máxima que pretendo para mim é passível de conversão em lei universal de um mundo do qual faço parte?”.

CONCLUSÃO

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”.

Carlos Drummond de Andrade

O apelo excessivo à aquisição de bens, a bancarização da vida e a contratação de crédito por adesão são fatores que acentuam a vinculação da sociedade contemporânea ao consumo em massa. Viver sem consumir se tornou algo totalmente descolado da realidade. O cidadão precisa suprir necessidades prementes, tais como alimentação, educação, saúde e moradia, mas principalmente em vista da cultura do “consumo de cada dia”, composta por novos e cotidianos desejos, também quer ter acesso aos inéditos, remodelados e inovadores produtos e serviços.

Essa constatação remete ao questionamento central desta tese, que propôs investigar quais os deveres de conduta para promover a necessária proteção ao idoso contratante de crédito consignado, bem como prevenir o seu superendividamento a partir das intersecções entre o Público e o Privado. Para tanto, o paradigma solidarista da Constituição Federal foi o norte adotado pela pesquisa para incursionar por políticas públicas nas relações interprivadas.

O idoso merece especial proteção não só porque o legislador assim definiu, tampouco porque alcançou os 60 anos de idade. Para que novos caminhos sejam trilhados e soluções efetivadas, é preciso considerar os fatores sociais que, sob o prisma sociológico, revelam a fragilidade do idoso com o avançar dos anos, gerando, inclusive, a transformação de sua autoimagem. Ao mesmo tempo, a sociedade lhe retira o papel social porque o trata como um ser humano antiquado e ultrapassado, e por isso esquecido.

A velhice é estigmatizada, considerada uma fase decadente do ser humano envolvido, na medida em que os anos avançam, em um inexorável processo de perecimento, alvo de um encadeamento (irrecuperável) de perdas e dependências.

Inegavelmente, há os condicionamentos biológico e psicológico das pessoas para viver de acordo com regras padronizadas, logo, os idosos, inseguros, dissipam seus temores com a satisfação de prazeres pela compra de bens que elegem como símbolos de (re)aceitação social. O expediente é fruto da hábil indução do mercado de consumo, voraz por esse lucrativo segmento da população.

Sob esse pano de fundo, e considerando que o crédito é a mola propulsora da sociedade capitalista contemporânea, a atenção da pesquisa centrou-se na suscetibilidade do idoso ao poder econômico dos fornecedores no âmbito dos contratos de crédito consignado. Sua vulnerabilidade agravada inspira muitos cuidados, porém, em particular, verificou-se que essa espécie de contrato representa maior risco para o superendividamento. Além da facilidade de contratação e do grande assédio, a modalidade se caracteriza pelo desconto de valores mensais pelo extenso período de até 84 meses, diretamente dos proventos do idoso. Embora seja ofertado como um contrato extremamente vantajoso pelas baixas taxas de juros, o olhar mais atento permite identificar que ele é, em realidade, meio de pagamento de crédito, diferenciando-se da maioria dos contratos, que são firmados como garantia de pagamento.

Na cultura da felicidade pelo consumo, todo aquele incapaz de tomar crédito é excluído, por isso os contratos são celebrados com menos autonomia e mais necessidade. O “*ter*” sobrepuja o “*ser*”, se não se “*tem*”, não se “*é*”.

Especialmente na prevenção do superendividamento, o objetivo do legislador de assegurar existência digna aos financeiramente incapacitados passa, necessariamente, pela densificação, pela boa-fé das condutas pré-contratuais do fornecedor de crédito. Desse modo, na esfera privada, a boa-fé é relevante princípio condicionador de comportamentos, aclimatando-os a valores éticos-jurídicos de probidade, honestidade, lealdade, assim como de apreço às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Sobretudo no caso dos vulneráveis, a boa-fé impõe uma direção de comportamento, alicerçada na harmonização entre a autonomia privada e a solidariedade. Para tal, o intuito do legislador deve migrar da letra fria da lei para a realidade dos fatos, de modo que a particularidade do caso concreto respaldará a superação dos interesses egoísticos mediante aplicação específica de critérios de lealdade, transparência e adequação.

Diante da necessidade de se reconhecer o capital humano representado pelo idoso, não é mais possível que, no limiar da terceira década do século XXI, o valor que essas pessoas têm seja mensurado pela capacidade de consumir, pela sua rotulagem como mercadoria e precificação de sua personalidade, ferindo frontalmente a essência do que se tem por dignidade humana. Isso porque um dos efeitos da constitucionalização do Direito Privado é o surgimento e avanço notável na proteção

dos direitos da pessoa idosa, o que exige a renovação do olhar sobre as relações de consumo.

Sob um viés crítico do mercado de crédito consignado, legitimado pelas intersecções entre o Público e o Privado que proporcionaram, como já se afirmou, significativos avanços no sistema de proteção, a tese comprova a necessidade de salvaguarda mais robusta para se alcançar a sociedade livre, justa e solidária anunciada já em 1988 pela Constituinte.

À guisa do reconhecimento e garantia de direitos, importante ressaltar que os deveres também representam diretrizes sociais a orientar o comportamento do Estado, da sociedade e de seus membros, isto é, são empregados no sentido de exercício de direitos realizados, e não o contrário.

A pesquisa, deixando para momento posterior a responsabilidade do poder público, centra-se exclusivamente nas relações interprivadas e deduz que a sociedade igualitária e solidária perpassa a articulação entre os princípios da ordem econômica (integrados pela propriedade privada e livre concorrência) e a defesa do idoso consumidor, que, guiados pela solidariedade, devem ser compatibilizados e harmonizados.

O contrato é um universo de condutas que realizam direitos e cumprem deveres. Dentre estes, centrou-se a tese na relevância do dever de informação na expressão da autonomia e autorrealização do idoso, demonstrando que somente o acesso ao conhecimento garante a liberdade, já que contratar com discernimento e reflexão assegura a livre decisão.

O modelo predatório e não solidário de comportamento adotado pelos agentes econômicos do mercado de consumo voltado ao idoso criou (e mantém) uma grave crise. Em face do assédio ao crédito, fomentador do hiperconsumismo, distorcida está a autodeterminação efetiva do idoso, regulada por cláusulas contratuais impositivas, abusivas e ilegais.

Essa fragilidade é constatada porque, muito embora a lei estabeleça condutas obrigatórias na oferta de crédito para resguardar a outra parte, a má execução ou a execução maliciosa dos requisitos legais tem contribuído decisivamente para o superendividamento. O poder econômico dos fornecedores de crédito é fator imponente na assinalada fragilidade. Estes, interessados apenas em manter espaço no mercado, à vista de toda a sociedade e sob sua convivência, adotam práticas

abusivas que lesam milhares de idosos. Para os agentes financeiros, quanto maior a ineficiência do sistema de proteção, maior a certeza de lucratividade.

Sinalizado o problema, a tese incursiona por caminhos de solução, concluindo pela apresentação de política pública de alteração legislativa do Código de Defesa do Consumidor, fundamentando-se na teoria funcionalista do Direito construída por Norberto Bobbio.

A pesquisa, atenta para o conceito de dignidade humana vinculado à sustentabilidade das condutas contratuais, assim entendida como decisões responsáveis sob o prisma do bem comum, comprova que o Direito exprime e direciona as condutas sociais, revelando-as como desejáveis. No entanto, para que as ciências jurídicas exerçam a função de instrumento de transformação das mazelas sociais, comprovou-se a necessidade do diálogo totalmente adequado ao caso concreto para que a decisão seja livre e equilibrada, isto é, tendo presentes as características financeiras, sociais e psicológicas do idoso.

A renovação do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181/2021 reforçou o sistema de proteção, notadamente porque inovou na temática do superendividamento, o que o mantém no patamar de uma das melhores leis consumeristas em termos mundiais. Entretanto, como se apontou, estudos doutrinários e as diversas pesquisas realizadas por entidades respeitáveis acerca do mercado de crédito brasileiro, dentre as quais se destacam os índices de crédito consignado, indicam que as informações prestadas na fase pré-contratual permanecem desleais, remanescendo a imposição de práticas abusivas e ilegais, maquiadas pelo cumprimento formal dos requisitos normativos. Simultaneamente à riqueza da previsão legal (agora coadunada às modernas práticas do mercado), é preciso dotar o cidadão de melhores instrumentos para responder às demandas dessa realidade.

Além disso, a determinação constitucional, que elege em seu artigo 3º os objetivos da República brasileira, precisa ser compartilhada com entidades da sociedade civil, ainda que ao Estado caiba o papel de fiscalizar e regular os mercados, buscando a desejada harmonização.

Evidencia-se, portanto, um grande desafio para que as intersecções entre o Público e o Privado se revigorem: a atuação da sociedade civil para robustecer o sistema de proteção, inibindo a força que o Privado exerce sobre o Público, disputa

que conserva a clássica dicotomia e afasta, pela exclusão de uma esfera à outra, o alcance dos objetivos da República.

O reconhecimento da igualdade não se limita a grupos de pessoas com interesses comuns, também é o reconhecimento de que, considerando-se as diferenças, há a igualdade entre os seres humanos em sua condição humana universal e geral. Portanto, a igualdade não se concretiza no microssistema do Código de Defesa do Consumidor somente porque lá está prevista, antes se concretiza na utilização das ferramentas e mecanismos eficientes para assegurar a integridade da pessoa. A solidariedade, fundada no pluralismo e na desigualdade, atribui caráter ainda mais complexo à igualdade.

Com base no que foi pesquisado, propõe-se alteração legislativa para inclusão de novo instrumento na prevenção ao superendividamento, que é o aconselhador de crédito. A sua atuação ocorrerá principalmente na fase pré-contratual, momento em que fornecedor de crédito e idoso consumidor têm contato para iniciar a negociação. Identificando as lacunas e deficiências nos contratos de crédito consignado que possam prejudicar o idoso, contribuirá para evitar as já tão institucionalizadas violações massivas, verdadeiras barreiras impeditivas de alteração da realidade.

Pragmaticamente, o aconselhador de crédito vai elaborar um parecer técnico baseado na proposta entregue pelo fornecedor, e este integrará, necessariamente, a minuta do contrato caso haja a contratação efetiva. Tal documento tem dupla finalidade: demonstrar a capacidade financeira do idoso e comprovar a conduta proba do agente financeiro caso haja, futuramente, a judicialização do contrato.

O Direito tem por função promover as transformações sociais, de modo que a solução individualizada é um dos braços de sua tarefa, mas que é realizado, concomitantemente, pela consagração do bem comum e não apenas pela satisfação das partes envolvidas.

A solução pontual, encontrada pelo tratamento judicial, reforça a óptica do Direito como Ciência repressiva. O que se propõe é a atuação precedente, na fase da oferta do crédito, para que já surta efeitos suficientes a impedir que haja a transferência de responsabilidade ao Estado, ao declarar a vontade da lei. A função do Direito é promover a transformação social, dando prêmios e não apenas aplicando sanções. Desse modo, ao cumprir os deveres anexos de conduta, o fornecedor terá a

premiação de, futuramente, ter a sua boa-fé devidamente comprovada em condutas concretas, e uma das provas será inclusive o parecer do aconselhador de crédito.

A promoção do diálogo se revela como uma grande solução para conflitos judiciais, evitando que milhares de demandas aportem ao Poder Judiciário, já tão sobrecarregado pela cultura da litigiosidade que prepondera na realidade brasileira. Contribuindo para o entendimento por meio da promoção da autonomia, está se concretizando a solidariedade diante do necessário diálogo estabelecido nas relações privadas.

Mediante a regulamentação do aconselhador de crédito pelo CNJ, a estruturação proposta poderá ser implementada nos núcleos de assistência judiciária das universidades, que disponibilizarão equipes multidisciplinares, compostas não somente por estudantes de Direito, mas também por acadêmicos dos cursos de Ciências Contábeis, Ciências Econômicas, Assistência Social e Psicologia. Nesses moldes, além de o idoso ser beneficiado por uma acolhida adequada, que lhe dará a estrutura necessária para exercer a sua autonomia, os estudantes, profissionais do amanhã, serão multiplicadores da educação financeira, um dos objetivos do Código do Consumidor.

Sob o paradigma solidarista, o engajamento de uma universidade voltada aos interesses comunitários é diferenciado. Aliando o conhecimento teórico (o saber) à prática (saber fazer), os acadêmicos, com a diversidade que o conhecimento acadêmico proporciona em suas respectivas áreas, cultivam a crença e o encantamento de que são capazes de identificar os problemas dos idosos superendividados e lhes propor uma solução.

Evitando a dissolução do idoso na generalidade encontrada nas hipóteses abstratas da lei, a interdisciplinaridade se justifica porque o idoso consumidor adquire rosto e sua individualidade (na diversidade) é reconhecida e respeitada, porque, além da subsunção à norma, é um ser humano.

Outra alternativa, não necessariamente excludente da acima exposta, é a formação de defensores dativos, em parceria com a OAB, com conhecimento específico da matéria, a serem indicados nos núcleos de atendimento de conflitos, institucionalizados pelos tribunais de justiça. Tal possibilidade revela a preocupação dos particulares, no caso profissionais do Direito, em assumir a sua responsabilidade na construção da sociedade solidária, sem aguardar que somente o Poder Público realize os atos necessários. A grandeza da contribuição está em cumprir a advocacia

o seu papel essencial na busca da justiça, emparelhando seus objetivos e conjugando esforços aos interesses da Defensoria Pública, que também é responsável pelo acesso à justiça e, tal como o Judiciário, igualmente assoberbada.

Ainda que a orientação mencionada possa ser feita no âmbito da audiência de conciliação ou mediação, entende-se que se realizada já na fase pré-contratual, evitará a judicialização do superendividamento e o agravamento da sobrecarga do Poder Judiciário e Defensoria Pública, pois o processo não será encaminhado a uma vara judicial e não movimentará a máquina pública, refreando custos. Ganha toda a sociedade!

O Brasil percorreu vitoriosa trajetória em termos de defesa do consumidor. O Código não foi superado, a nova forma de vida da sociedade contemporânea é que modificou o cenário e passou a exigir novas soluções. Diante do aumento da longevidade humana, o desafio, para as décadas futuras, é assegurar autonomia aos idosos consumidores de crédito.

Realizar a determinação constitucional é cumprir deveres para assegurar direitos, contribuindo para a consolidação de uma sociedade ambientada no Estado Democrático de Direito, cuja essência perpassa pelo diálogo na busca do bem comum como objetivo precípua.

Muito embora a Constituição contemple a proteção do idoso, o desafio que se enfrenta é o reconhecimento deste como cidadão na senectude. A velhice deve ser compreendida e não apenas regulamentada. Diante do paradoxo do desejo de longevidade sem, contudo, as (indesejáveis) limitações da longevidade, a regulamentação tem se revelado insuficiente para a proteção do idoso.

A desintegração do idoso, por assim dizer, na massa consumista, abandonado à própria fragilidade cognitiva e emocional (características muito bem exploradas nas estratégias de assédio de crédito), viola a sua dignidade quando considerado mero instrumento para alcançar um determinado fim.

Assim, remontando-se ao problema da tese, cujo questionamento é: a partir das intersecções jurídicas entre o Público e o Privado quais serão os deveres de conduta, determinados pelas políticas públicas legislativas, visando a proteção, especialmente do idoso, na fase pré-contratual, para que os contratos de crédito consignado estejam condizentes ao paradigma solidarista da Constituição Federal, visando a prevenção do superendividamento no âmbito das relações interprivadas? Conclui-se que tendo por base a concessão do crédito responsável e a promoção do

mínimo existencial, os deveres a serem assegurados na fase pré-contratual do contrato de crédito consignado são a prestação de informações claras, objetivas e transparentes, calcada no dever de agir com lealdade, em conformidade com o princípio constitucional da solidariedade e os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. Para sua concretização, a criação, e posterior regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, do aconselhador de crédito para a proteção dos idosos hipervulneráveis, revela-se como relevante política pública legislativa que, sob o paradigma solidarista, previne o superendividamento.

Isso porque inúmeras condutas de boa-fé já são instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas, como visto, somente a lei não tem o condão de modificar a realidade. Se assim o fosse, o dever de informação já estaria sendo cumprido satisfatoriamente e o superendividamento não estaria no número de 30 milhões de brasileiros. A proposição é, pois, para reforçar o sistema de proteção, permitindo que os laços de solidariedade entre os atores privados sejam fortalecidos, isto é, aquele que detém conhecimento específico acerca dos direitos e deveres dos consumidores idosos, assim como conhecimento em matéria financeira, sai do ostracismo e atua pessoalmente para evitar o superendividamento, compartilhando com o Estado o compromisso de consolidar a cultura do crédito responsável, porque respeita e se importa com a dignidade humana. Nesse sentido, comprova-se que o paradigma solidarista contribui muito com a teoria funcional do Direito, ampliando e reforçando a função que o Direito tem de regular a sociedade (aprimorando o conteúdo legal), além de ser meio de promoção das transformações sociais. Nesse desiderato, o compromisso de salvaguardar o idoso é partilhado por todos: Estado, família e sociedade, todos unidos em torno do bem comum.

Finalmente, a preocupação constitucional de proteção do idoso não é um dogma, tampouco mera retórica, sendo exigível do Estado, da família e da sociedade quando se envereda pelos caminhos da solidariedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 14., abr. - jun. 1995, p. 20 – 27.

AKERLOF, George; SHILLER, Robert J. *Pescando tolos: a economia da manipulação e fraude*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tiragem. Malheiros Editora: São Paulo, 2014.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*, 2 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 301-326.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, Mariana de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; MOREIRA, Beatriz. Superendividamento: um problema individual ou coletivo? *Revista Direito em Debate*, n. 53, Ano XXIX, jan. – jun., 2020, p. 55-68.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo horizonte: Fórum, 2019, p. 419-440.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948, Paris, art. 25, b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019.

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, n. 53, out.-dez. 2005.

BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. Tradução Durval Cordas. GASPAR, Iolanda; BAGGIO, Antônio Maria (Org). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, p. 7-24.

BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. BARLETTA, Fabiana Rodrigues, ALMEIDA, Vitor (Coord.). *A*

tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso. Indaiatuba: São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 3-20.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimp., Belo horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009

BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrado.* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.* Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres.* Barcelona: Gedisa, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. *Relatório-Geral da Comissão de Juristas - Atualização do Código de Defesa do Consumidor.* Presidência do Senado Federal: Brasília, 2012.

BERQUÓ, Elza. Considerações sobre o envelhecimento da população no Brasil. NERI, Anita Liberalesso, DEBERT, Guita Grin. (Org). *Velhice e sociedade.* Campinas, São Paulo: Papyrus, 1999, p. 11-40.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer, nova edição, 13. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 6. ed, 1997a.

BOBBIO, Norberto. *Tempo de memória: da senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997b.

BORBA, Jean Marlos Pinheiro. *Mundo-da-vida (Lebenswelt) e concretude existencial: para uma psicologia fenomenológica da vivência financeira*. E-book (157 p.) Porto Alegre: Editora Fi, 2016. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_c58df3b6e1ac4e46ab85e0bcbc2a6b97.pdf. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 4657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial do Império do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8742, de 07 de dezembro de 1993. *Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências*. Brasília, DF, 08 dez. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8842, de 04 de janeiro de 1994. *Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências*. Brasília, DF, 05 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10048, de 08 de novembro de 2000. *Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências*. Brasília, DF, 09 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Série Cidadania Financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*/Banco Central do Brasil, Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Relatório da cidadania financeira do Banco Central 2018*. Brasília: Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/nor/relcidfin/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 21*, I Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/667>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 381*. DJe 05.05.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.286.209/SP*, Recorrente UPS SCS Transportes (Brasil) S/A. Recorrido: Wilson Junqueira Junior e Auto Tec Recauchutagem Importação e Exportação Ltda. Relator Ministro João Otávio Noronha. Terceira Turma. Julgado em 8.3.2016, publicação DJe 14.03.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.406.245/SP*, Recorrente BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento. Recorrido: Adriano Rafael Filho – Espólio. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 24.11.2020, publicação DJe 10.02.2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302054383&dt_publicacao=10/02/2021>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591/DF*, Requerente Confederação Nacional do Sistema Financeiro, Requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 07.06.2006, publicação DJe 20.06.2006. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076/AC*, Requerente: Partido Social Liberal; Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 15 ago. 2002. DJe: 08 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BUCCI. Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAENEGEM, R.C.Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. FREITAS, Elisabeth V. de, et al. *Tratado de geriatria e gerontologia*. Rio de Janeiro: GEN-Koogan, 2011. Disponível em: <https://ftramonmartins.files.wordpress.com/2016/09/tratado-de-geriatria-e-gerontologia-3c2aa-ed.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

CALADO, D. F. Velhice: Solidão ou a vida com sentido? QUARESMA, M. L. (org), *O Sentido das Idades da Vida, Interrogar a solidão e a dependência*. Lisboa: CESDET Edições, 2004, p. 51-72.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 19. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entr. a dignidade e a esperança. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-202.

CARVALHO, Diógenes Faria de. Consumidor endividado, vítima do sistema cultural. *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Editora Bonijuris, vol. II, n. 1, mar. 2012, p. 55 – 74.

CARVALHO, Pedro Caetano de. Contribuição da justiça para promoção da paz, do cuidado e da resiliência. PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73-88.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, jul.-ago., 2015, p. 425-449.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO, BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) – Agosto de 2021*.

Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-08/cnc-percentual-de-familias-com-dividas-chega-729>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO, BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) - Novembro de 2020*. Disponível em: <http://www.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-einadimplencia-do-consumidor-peic-6>. Acesso em: 06 ago. 2021.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. A função social do contrato nas relações consumeristas. In: *A função social nas relações privadas*. ERHARDT JÚNIOR, Marcos, LÔBO, Fabíola Albuquerque (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 137-150.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, jul. – set. de 2002, p. 259-272.

DAIBERT, Jefferson. *Dos contratos*. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 1999.

DEBERT, Guita Grin. As representações (estereótipos) do papel do idoso na sociedade atual. In: *Anais do I Seminário Internacional de Envelhecimento Populacional: uma agenda para o final do século.*, Brasília: MPAS/SAS, 1996, p. 35-45.

DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. Londres/Nova Iorque: Penguin Classics, 2003.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 3. ed. rev. acrescida dos textos e comentários de Étienne Gilson. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUGUIT, Pierre M. N. Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ERHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ERHARDT JÚNIOR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. *Revista da*

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n. 47, 2008, p. 141-155.

ETZIONI, Amitai. *La terceira vía: hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Trotta, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista trimestral de direito civil*. São Paulo, RTDC, v. 9, n. 35, jul.-set., 2008, p. 101-119.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e ordem pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, RT, v. 10, n. 37, jul.-set. 2007, p. 339-370.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes – Juína/MT* Ano 2, n. 3, jan. a jun., 2013a, p. 09-46.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, n. 198, abr.- jun., 2013b, p. 59-88.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed., 3. reimp., Curitiba: Positivo, 2010.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos*. 18. ed, atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYA Y LUCIENTES, Francisco de. *Duelo a garrotazos*. Técnica mista sobre revestimento de parede transferido para tela, 125 x 261 cm. Disponível em: <https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/duelo-a-garrotazos/2f2f2e12-ed09-45dd-805d-f38162c5beaf>. Acesso em: 02 de nov. 2021.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAYFLICK, Leonard. *Como e porque envelhecemos*. Tradução Ana Beatriz Rodrigues e Priscila Martins Celeste. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual. A chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 93, 2014, p. 209-229.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil brasileiro. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan. jun., 2014. Disponível em <https://civilistica.com/wp-content/uploads/1/2015/02/Hironaka-civilistica-com-a.3.n.1.2014-4.pdf>. Acesso em: 30 abril 2021.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD/2019*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2020/boletimEspecial01.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

Instituto Defesa Coletiva. *Nota Técnica nº 1/2021 – Composição do mínimo existencial no contexto da Lei nº 14.181/2021*. Disponível em: <https://defesacoletiva.org.br/site/wp-content/uploads/2021/10/Nota-Te%CC%81cnica-Mi%CC%81nimo-Existencial-assinado.pdf>. Acesso em: 31 out.2021.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Mariane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNG, Carl Gustav. *A natureza da psique*. Petrópolis: Vozes, 1987.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no

direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 121-132, 1995.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 9, n. 33, jan.- mar., 2000, p. 123-129.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Ed. Nacional, 1964 (Biblioteca universitária).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividado de pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 99, mai. – jun., 2015, p. 101 – 123.

KUNDE, Bárbara Michele Moraes; REIS, Jorge Renato dos. A construção de um novo paradigma de sociedade fraterna: reflexões a partir do princípio da solidariedade para a concretização de direitos fundamentais. *Direitos e garantias fundamentais II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS. SANTOS, Bartira Macedo Miranda; STEINMETZ, Wilson Antônio Steinmetz; TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/34q12098/o8j575pk/Au085W23QgezAi2A.pdf> Acesso em: 17 fev. 2021.

KUNDE, Bárbara Michele Moraes. O princípio da solidariedade aplicado à educação do fornecedor no desvio do tempo vital do consumidor e sua contribuição na construção de uma nova sociedade. *Anais do XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2018. Disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18810/1192612071>. Acesso em: 20 out 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 7. ed, 2 Reimp. São Paulo: Atlas, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEVINE, Donald Nathan. *Visões das tradições sociológicas*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LIMA, Clarissa Costa de. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O direito de recomeçar na atualização do CDC: famílias superendividadas em pandemia. BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *O direito do consumidor no mundo em transformação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 271-300.

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

LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Europeia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais v. 76, out.-dez., 2010. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92900151%2Fv20210136.3&titleStage=F&titleAcct=2bb67da24bff4e3088b0f99d7276301d#sl=p&eid=bae1994d77367f19aa09b0a29369ad92&eat=%5Bereid%3D%22bae1994d77367f19aa09b0a29369ad92%22%5D&pg=RR-3.2&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 22 set. 2021.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 99-109.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. jun., 1995, p. 5-19.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba: Appris, 2017.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE, Catarina; LOGO, Flora; PINTO, Pula; CRUZ, Cristina. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Editora RT, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do idoso consumidor: diálogo das fontes para proteger o idoso e prevenir o superendividamento. MENDES, Gilmar Ferreira; LEITE, Glauco Salomão; Mudrovitsch, Rodrigo (Coord). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 314-339.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa de. (Org.) *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas considerações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. *Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. 2. ed., São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b, p. 287-332.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. Consumo com igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13, n. 101, outubro/2011 – jan./2012, 2012, p. 405-424.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 75, jul. set., 2010, p. 9-42.

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

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, jan. mar., 2003, p. 71-99.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 22, p. 47-83, set., 2002.

MARTIN, Nathalie; SWEET, Ocean Tama y. Mind games: rethinking BAPCPA's debtor education provisions. *Southern Illinois University Law Journal*, Illinois. Vol. 31, 2007, p. 817-848.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e extinção das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, volume V, tomo I, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Proteção internacional dos direitos dos idosos e reflexos no Direito brasileiro. MENDES, Gilmar; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt (coord.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148 – 188.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 10 tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*, 1. reimp., Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 107-150.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. Ano 95, vol. 854, dez., 2006b.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado contemporâneo América latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. VENTURA, D. de F. de Lima (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Ezequiel. *A boa-fé objetiva pré-contratual: deveres anexos de conduta*. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. Quantidade e qualidade de vida. *A Nova velhice - uma visão multidisciplinar*. NEGREIROS, Teresa Creusa de Góes Monteiro (org), 2. ed, Rio de Janeiro: Editora Revinter, 2007, p. 15-28.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 221-238.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos do homem*. 1948. Disponível em: www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos: AG/RES.2875 (XLV-O/15): Aprovada na segunda sessão plenária, realizada em 15 de junho de 2015*. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

PADOIN, Fabiana Fachinetto. *Os direitos fundamentais nas relações contratuais*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

PAISANT, Gilles. Buena fe, crédito y sobreendeudamiento: el caso francés. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 100, jul.-ago. 2015. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92900151%2Fv20150100.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad82d5a0000017b78a39fd274f6cb82#sl=e&eid=5772e942fa7344b3636f717c8ce215e6&eat=DTR_2015_13071&pg=&psl=&nvgS=false. Acesso em: 04 out. 2021.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores em Derecho Francés. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr. jun. 2002, p. 9-26.

PAULA, Jeanine Bender de; GRAEFF, Lucas. O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. *Estudos Interdisciplinares sobre Envelhecimento*. Porto Alegre, v. 19, n. 2, 2014, p. 569-582.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. Doxa, Alicante, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, 2. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. O sistema ONU de direitos humanos e a proteção internacional das pessoas idosas. MENDES, Gilmar; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt (coord.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124 – 147.

RAMOS, Miguel Vieira. Psicologia e direito do consumo: a proteção do consumidor face aos efeitos das modernas práticas comerciais. CARVALHO, Jorge Morais. (coord.) *Anuário do Nova Consumer Lab*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020, p. 335-480.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idoso. In WOLKMER, Antônio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165-186

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código civil brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos; SILVA, Rogério. O princípio da solidariedade como forma de harmonizar os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112, 2017.

REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia. *O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n 1, jan./abr. 2015, p. 59-87.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. *Revista Atos & Fatos* (Curso de Direito da Celer Faculdades), v. 1, 2009, p. 126-139.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. Reis, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.)

Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz: Edunisc, 2007, Tomo 7, p. 2033-2064.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 993-1006.

REIS, Jorge Renato dos. A construção do direito privado e o novo código civil. LEAL, Rogério Leal (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

REIS, Jorge Renato dos. A função social do contrato e sua efetiva vinculatividade às partes contratantes. *Revista do Direito*, n. 16, jul./dez., Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p. 109-139.

RESTA, Eligio; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina. Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento. *Revista do Direito* (online). Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 92-103, set/dez. 2017.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997.

ROCHA, Amélia Soares da. *Contratos de consumo: parâmetros para a redução da assimetria informacional*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.

RODRIGUES, Antonio Edmilson Martins; FALCON, José Calazans. *A formação do mundo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 13. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. *A (in)diferença no direito: minorias, diversidade e direitos humanos*. 2 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações. In: MARQUES, Cláudia Lima; Cavallazzi; LIMA, Clarissa Costa de (org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107-144.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. E-book Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. MORAIS, José Luis Bolzan. (et al); SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. Análise da política pública de prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores na Lei 14.181/2021 e a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 136, ano 30. p. 67-89. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92900151%2Fv20210136.3&titleStage=F&titleAcct=2bb67da24bff4e3088b0f99d7276301d#sl=p&eid=bae1994d77367f19aa09b0a29369ad92&eat=a-272455736&pg=RR-3.1&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 22 set. 2021.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. 1. ed, 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *Revista do Direito* (online). Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direitoarticle/view/12688>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (online) Brasília, v. 6, n. 3, 2016, p. 43-63.

SCHMITT, Cristiano Heineck. OLIVEIRA, Camila Possan de. O idoso sob a ótica do direito do consumidor: um hipervulnerável e a sua necessária proteção. BARLETTA, Fabiana Rodrigues, ALMEIDA, Vitor (coord.). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. Indaiatuba: São Paulo: Editora Foco, 2020, p.303-324.

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

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, out/dez, 2016, p. 9-27.

SÉGUIN, Élida. Proteção legal ao idoso. SÉGUIN, Élida (org.). *O direito do idoso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 1-42.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SEVEGNANI, Joacir. *A solidariedade social no estado constitucional de direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. *Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade*. São Paulo: Annablume, 2001.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Rogério; REIS, Jorge Renato dos. O desafio da aplicação do princípio da solidariedade na sociedade hiperconsumista que cultua o descartável. *Revista Justiça do Direito*, v. 32, n. 3, set.-dez.2018, p. 583-607.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 95, p. 125-159, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF. Acesso em: 08 mai. 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. A amizade e a fraternidade como bases políticas para a mediação de conflitos. BARZOTTO, Luís Fernando, et al. *Direito e Fraternidade: outras questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018, v.1, p. 99-114.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros*. [recurso eletrônico] Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

TARTUCE, Flávio. GOMIDE, Alexandre. Função social do contrato: estado da arte nos quinze anos de vigência do Código Civil brasileiro. As contribuições teóricas de Luiz Edson Fachin. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.) *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.357-383.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12 ed., rev., atual. e ampl.V.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. THAYLOR, Charles.; et al. *Multiculturalismo - examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Piaget, 1998.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos: fundamentos de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 46, jan.-abr. 2015, p. 41-51.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. TEPEDINO, Gustavo (org.) *Temas de Direito Civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, vol. 11, jan.-mar. 2017, p. 95-113.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato social e sua função*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed., rev. atual. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.

VATICANO. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. Papa João XXIII. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em: 21 jul. 2019.

WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boieteux, 2004, v. 3.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 9, out – dez, 2009, p. 232-259.

WIEACKER, Franz. *A história do Direito Privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje?* Tradução Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2007.