

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ana Cecília Rosário Ribeiro

Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto

Doutorado em Direito Civil

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ana Cecília Rosário Ribeiro

Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Civil sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini.

São Paulo

2016

Ana Cecília Rosário Ribeiro

Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Civil sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Aos meus pequenos Mamá e Teté.

Aos meus pais e minha irmã.

Ao meu amor.

AGRADECIMENTOS

Ao desenvolvimento desse trabalho muitas pessoas se mostraram essenciais e, nesse momento, presto-lhes homenagem.

Ao professor doutor Rogério José Ferraz Donnini, orientador dessa tese, sempre disponível e gentil, que acreditou no projeto e lançou, com brilhantismo e humildade, as primeiras ideias e fundamentos para a evolução da pesquisa.

Ao professor doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho por sempre promover a inquietação e o espírito investigativo em seus alunos.

Aos professores doutores Giovanni Ettore Nanni e Everaldo Augusto Cambler que, ao participarem da banca de qualificação dessa tese, contribuíram com o aprofundamento da temática desenvolvida.

Aos professores doutores Tercio Sampaio Ferraz Junior e Francisco José Cahali pelas aulas e ensinamentos.

Aos funcionários da PUC/SP, nas pessoas de Rafael e Rui, sempre solícitos e prestativos.

Ao meu esposo Marcelo de Jesus Monteiro Araújo, também promotor de justiça e primeiro a apoiar e acreditar na possibilidade de defesa das ideias tratadas nessa tese.

Ao Ministério Público do Estado do Piauí, por meio do seu procurador geral de justiça, e à Universidade Estadual do Piauí, através do seu reitor, por possibilitarem minha dedicação exclusiva à tese, pelo período de 2 (dois) anos.

A “seu Zico”, que tornava mais célere e prazerosa, as idas e vindas de Guarulhos a São Paulo.

RESUMO

A autonomia privada nos contratos de empréstimo pessoais fica restrita ao aderente decidir entre sujeitar-se ou não às condições impostas por meio das cláusulas contratuais pré-redigidas pelas instituições financeiras. Ocorre que para decidir entre realizar ou não um contrato é necessário que o sujeito compreenda suas cláusulas. Logo se percebe a dificuldade enfrentada pelo consumidor idoso e analfabeto, que não dispõe de meios para, sozinho, conhecer e entender o conteúdo do contrato financeiro.

A legislação consumerista exige do fornecedor lealdade e dever de prestar todas as informações solicitadas pelo consumidor como decorrência das regras elencadas nos artigos 46, 52, I a V e 54, §3º, todos do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da boa-fé descrito nos artigos 4º e 51, IV, do mesmo diploma legal. Regra e princípio aqui se completam, mas a realidade do dia a dia a que o idoso e analfabeto é submetido mostra que a eficácia dessas regras está bastante comprometida.

A ausência de informação completa ao consumidor idoso analfabeto compromete o livre exercício de sua manifestação de vontade, uma vez que não é lastreada nos elementos essenciais que circundam o contrato.

O ponto central deste trabalho está no fato de se perquirir sobre a necessidade do aderente ou consignante compreender as cláusulas que o sujeitarão, isto é, na exigência de um elemento que qualifique a vontade, tornando-a um querer consciente, mediante o auxílio de um órgão pensado constitucionalmente para defender os direitos com relevância social e individuais indisponíveis.

O Ministério Público, entidade constitucionalmente criada para defender os direitos fundamentais, tem a atribuição de promover ações preventivas no sentido de salvaguardar os interesses do consumidor idoso e analfabeto.

Prevenir a ocorrência dos litígios e garantir ao idoso e analfabeto que sua vontade seja livre é atribuição a ser assumida pelo Ministério Público. Essa função preventiva de conflitos e de preservação da vontade do consumidor idoso e analfabeto pode ser amplamente exercida por meio de assinatura dos termos de ajustamento de conduta pelo Ministério Público e as entidades bancárias, mas também com a ampla informação, pelo membro do *parquet*, do consumidor idoso e analfabeto sobre o conteúdo do contrato.

Palavras-chave: Idosos. Analfabetos. Contratos de empréstimos bancários. Ministério Público.

ABSTRACT

Private autonomy in payroll loan contracts is restricted to the applicant decide whether to be subjected to conditions imposed by the pre-written contractual clauses set forth by financial institutions. In order to resolve whether to enter into a contract it is necessary that the individual understands its provisions. No sooner, will one realize difficulties that may be faced by the elderly and illiterate consumer, who do not have the means to know and understand, by himself, the contents of the financial contract.

Consumerism law requires, from the supplier, loyalty and duty to provide all information requested by the consumer as a result of the rules listed in Articles 46, 52, I to V, and 54, § 3, of the Consumer Protection Code, as well as the principle of good- faith described in articles 4 and 51, IV, of the same law. Rule and principle are complementary therein, but day-to-day reality of the elderly and illiterate shows that the effectiveness of these rules is greatly compromised.

Lack of complete information to the elderly and illiterate consumer compromises the free exercise of their expression of will, since it is not backed by the essential elements laid down by the contract.

The focus of this work lies in the fact of asserting the necessity of the applicant or consignor to understand the clauses that he/she will be subject to. In other words, there is a need for an element that qualifies at will, making it a conscious one. This may be accomplished through the aid of a body constitutionally devised to defend the rights, with inalienable social and individual relevance.

The Public Ministry, an entity constitutionally created to defend fundamental rights, has the duty to promote preventive measures to safeguard the interests of elderly and illiterate consumers.

Prevent the occurrence of disputes and ensure the elderly and illiterate that his/her will is free is responsibility to be undertaken by the Public Ministry. This function of preventing conflicts and preserving the will of elderly and illiterate consumers can be widely exercised by signing terms of adjustment of conduct by Public Ministry and the banks, but also thorough information given to the elderly and illiterate consumers by the *parquet* member, about the content of the contract.

Keywords: Elderly. Illiterate. Contracts of bank loans. Public Ministry.

*Se não trilharmos caminhos novos nunca deixaremos a marca
de nossos passos.*

(Leonardo Boff. A grande transformação: na economia, na política e na
ecologia, p.23)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO	16
1.1. O conceito de vulnerabilidade e sua origem	16
1.1.1. A necessidade de se conferir tratamento jurídico distinto aos mais frágeis.	18
1.1.2. O princípio do <i>favor debilis</i>	19
1.2. A vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor	21
1.3. A vulnerabilidade, a “situação de risco” e o Estatuto do Idoso	23
1.3.1. A proteção constitucional do idoso no Brasil	24
1.3.2. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa	27
1.3.3. A pessoa idosa como sujeito de direitos com dignidade e autonomia	30
1.3.4. Técnica legislativa para proteção da dignidade da pessoa idosa	34
1.3.5. A tutela inibitória como a via da tutela judicial preventiva de defesa da dignidade da pessoa idosa	37
1.3.6. O cuidado ao idoso como princípio jurídico e a preservação de sua autonomia nos contratos de mútuo bancário	39
1.4. O conceito de analfabeto e sua caracterização no sistema jurídico brasileiro	44
1.4.1. A vulnerabilidade do analfabeto	46
1.4.2. A vulnerabilidade do analfabeto e os meios de contratação eletrônica	47
1.5. A vulnerabilidade acentuada do consumidor idoso e analfabeto	48
1.5.1. O idoso analfabeto no contexto familiar, o Estatuto do Idoso e a aplicação de questionários de análise financeira pelo promotor de justiça	56
1.5.2. O conceito de família na Constituição Federal brasileira de 1988	59
1.5.3. A família, o postulado da afetividade e o idoso analfabeto	61
1.5.4. A personalidade jurídica do idoso e analfabeto	63
1.5.5. A capacidade jurídica do idoso e analfabeto no Código Civil brasileiro e no Estatuto do Idoso. Sua necessária distinção com a legitimidade	66
1.5.6. O consumidor idoso e analfabeto e o Estatuto da Pessoa com Deficiência	71
2 DIREITO, MORAL, ÉTICA, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS. SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS À INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS REALIZADOS COM A PESSOA IDOSA E ANALFABETA	73
2.1. O Direito, a moral e a ética: uma conexão necessária a uma interpretação voltada à proteção da pessoa vulnerável	73
2.1.1. Os variados graus de conexão entre os conceitos de Direito, moral e ética e a necessidade de prevenção de conflitos com a pessoa idosa analfabeta ..	80
2.1.2. A importância do estreitamento dos conceitos de moral, ética e Direito para afastar interpretações de regras e princípios em desconformidade com a proteção da pessoa	84
2.2. O papel conferido à moral no processo de aparecimento e desenvolvimento dos direitos por meio de uma interpretação que se volte à proteção da pessoa	87
2.2.1. A filosofia do Direito, o processo de construção de direitos e sua relação com a dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor idoso	90

2.2.2. A necessidade de proteção do consumidor idoso e analfabeto e a insuficiência de regras de garantia a sua efetiva informação	96
3. PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS COMO COMPONENTES DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO	98
3.1. Definições de princípios, regras e postulados	100
3.2. A construção de direitos para o consumidor idoso analfabeto a partir da interpretação dos princípios, das regras e dos postulados do Código de Defesa do Consumidor	104
3.3. A Constituição Federal brasileira de 1988 como ponto de conexão entre os princípios e as regras do sistema de proteção ao consumidor idoso analfabeto	108
3.3.1. O papel unificador do sistema conferido à Constituição Federal de 1988 e o Caráter dinâmico dos conceitos jurídicos	111
3.3.2. O texto constitucional como alavanca e propulsor de mudanças de entendimento dos Tribunais em relação ao consumidor idoso analfabeto	114
3.4. Princípios e regras: um problema para a interpretação de textos jurídicos?	116
3.5. A descoberta de semelhanças e diferenças nos contratos de crédito bancário para idoso analfabeto como um método de raciocínio jurídico	119
3.6. Considerações sobre a interpretação das normas consumeristas relevantes ao estudo do crédito bancário para consumidores idosos e analfabetos	121
4. OS CONTRATOS DE CRÉDITOS BANCÁRIOS (EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E A PESSOA IDOSA E ANALFABETA	124
4.1. Os serviços bancários como integrantes do cotidiano do consumidor brasileiro idoso e analfabeto	124
4.1.1. Características das atividades bancárias que permitem exigir dos bancos um tratamento diferenciado em relação ao consumidor idoso e analfabeto	125
4.1.2. O empréstimo bancário como espécie de contrato de crédito bancário.....	129
4.1.3. O contrato de empréstimo bancário como contrato de adesão sujeito ao sistema de proteção ao consumidor	130
4.1.4. O tomador de empréstimo bancário e sua condição de consumidor	133
4.2. Os contratos de empréstimo bancário: suas principais características e elementos	135
4.2.1. O crédito consignado como espécie de contrato de empréstimo bancário .	143
4.2.2. Conceito e características do crédito consignado	147
4.2.3. As obrigações do prestador (consignatário) e do mutuário (tomador) nos contratos de créditos consignados	148
4.2.4. Superendividamento ou sobre-endividamento do consumido	149
4.2.5. Cláusulas abusivas de presença corrente nos contratos de créditos pessoais com idoso analfabeto	154
4.2.5.1. A instituição bancária fica autorizada a promover o vencimento antecipado do contrato em caso de protesto ou execução judicial de outras dívidas	155
4.2.5.2. Imposição de eleição de foro de comarca diferente daquela na qual foi celebrado o contrato	157
4.2.5.3. Vinculação da correção monetária à TJLP (Taxa de Juros de	

Longo Prazo), TBF (Taxa Básica Financeira) ou TR (Taxa Referencial)	158
4.2.5.4. Cobrança de juros compensatórios (remuneratórios) cumulados com a comissão de permanência	159
4.2.5.5. Cláusula com multa de mora superior a 10% ou 20% do valor da prestação	160
4.2.5.6. Cláusula com juros moratórios superiores a 1% ao mês	161
4.2.5.7. Cobrança de comissão de permanência cumulada com juros Remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual na hipótese de inadimplência	162
4.2.5.8. Cobrança de tarifa de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) nos contratos celebrados após 30.04.2008	164
4.2.5.9. Cobrança de capitalização mensal sem expressa pactuação	165
4.3. Princípios contratuais e consumeristas aplicados aos contratos de créditos Bancários	166
4.3.1. O princípio da transparência e sua relação com o sujeito aderente idoso e analfabeto	168
4.3.2. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos de empréstimo pactuados com idosos e analfabetos	172
4.3.3. Os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade ou do consensualismo e a necessidade de assistência ao contratante idoso e analfabeto	178
4.3.4. O princípio da autonomia privada e sua relativização na proteção dos vulneráveis	182
4.3.5. O princípio da força obrigatória do contrato e a impossibilidade de revogação do crédito consignado	185
4.3.6. O princípio da função social do contrato e a necessidade de assistir o idoso analfabeto na pactuação de um empréstimo	188
5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA ATRIBUIÇÃO DE DEFESA DA PESSOA IDOSA	190
5.1. O delineamento constitucional das funções do Ministério Público e sua relação com o Estatuto do Idoso	190
5.2. As atribuições judiciais cíveis do Ministério Público em defesa da pessoa Idosa	193
5.2.1. O Ministério Público como órgão legitimado para a defesa dos direitos individuais e coletivos do idoso	197
5.2.2. O Ministério Público como interveniente necessário nas demandas que versem sobre os direitos dos idosos	201
5.3. A atuação extrajudicial (ou pré-processual) cível do Ministério Público	205
5.3.1. A participação do promotor de justiça como agente de prevenção de conflitos e os termos de ajustamento de conduta	209
5.3.2. Os dados obtidos dos Centros de Apoio Operacional dos Ministérios Públicos dos Estados e a ausência de registro de informações sobre a atuação dos promotores de justiça em defesa do idoso analfabeto frente aos contratos celebrados com instituições financeiras	211

5.3.3. A proposta de <i>lege ferenda</i> de assistência do promotor de justiça ao consumidor idoso analfabeto na pactuação dos contratos de mútuo bancário	214
CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS	220

INTRODUÇÃO

A publicização do direito privado é uma marca dos novos tempos. Diferentemente de épocas passadas, quando predominava a liberdade de contratar e a igualdade formal, percebeu-se que esses ideários não proporcionavam o equilíbrio entre as partes contratantes e, por conseguinte, a realização da justiça. Passou-se a verificar que o pretenso ideal de liberdade permitia uma exorbitação de força pela parte mais forte da relação contratual e a existência de cláusulas que só atendiam aos seus interesses.

O dirigismo contratual surge com a feição de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes, propiciando o nascimento de garantias inafastáveis, de uma tutela protetiva do vulnerável e de mitigação do princípio da intangibilidade do contrato, visando alcançar uma igualdade material entre os participantes dessa relação.

A presença, pois, de um sujeito vulnerável na relação contratual faz incidir todo um arcabouço legislativo de cunho protetivo em razão de sua condição, com a finalidade de tutelá-lo. Nesse contexto, o Direito abraçou essa ideia e racionalizou um conjunto de direitos e medidas protetivas específicas para a pessoa idosa. Entretanto, essas previsões normativas apresentam um distanciamento enorme da realidade. Não se observa, no plano prático, a realização efetiva dessas normas, sendo, pois, pouco eficazes, sobretudo, quando se pensa em uma tutela preventiva de lesão ao direito do idoso.

Esse trabalho busca contribuir com o aperfeiçoamento da tutela jurídica dos direitos das pessoas idosas e analfabetas com a finalidade de se evitar a judicialização das demandas, pois o tempo do curso normal de um processo judicial além de contar em desfavor do idoso lhe causa angústia e diminuição em sua dignidade.

Para a realização desse intento, o Ministério Público apresenta-se como parceiro do consumidor idoso e analfabeto. O perfil constitucional traçado para essa instituição lhe confere relevante papel na defesa da pessoa idosa em situações de risco e, portanto, pode o promotor de justiça contribuir para o avanço de uma tutela mais efetiva e preventiva de lesão aos seus direitos.

A pessoa idosa em situação de risco é objeto de tutela jurídica e de defesa pelo Ministério Público, já que nela se reconhece a condição de vulnerável. Cabe a este a criação de instrumentos de proteção desse segmento da população brasileira, bem como o estímulo ao surgimento e efetivação de políticas públicas destinadas ao exercício e garantia dos seus direitos.

Não é suficiente, para a intervenção do Ministério Público como agente ou interveniente nos processos judiciais, a participação de pessoa idosa ou analfabeta. O que determina a intervenção do Ministério Público é a situação de risco, a relevância social ou indisponibilidade do direito discutido. Há, portanto, que se avaliar se o idoso está ou não em situação de risco, a fim de justificar a atuação do *parquet*.

Trata-se da vulnerabilidade dos consumidores idosos analfabetos, não por entender que apenas os idosos analfabetos são vulneráveis, mas pela legitimidade e atribuição do Ministério Público para a defesa das pessoas idosas em situação de risco (artigo 43, III c/c os artigos 43, I ou 43, II, do Estatuto do Idoso). Assim, não é o fato de ser analfabeto que justifica a atuação do Ministério Público. A condição da pessoa idosa em estado de risco é essencial, pois falta ao promotor de justiça atribuição para a defesa e salvaguarda dos direitos das pessoas analfabetas.

Por conseguinte, a vulnerabilidade da pessoa idosa não é determinada apenas por sua condição social, por sua idade, tampouco pela condição econômica consideradas de forma apartadas. Para determiná-la, os critérios não são estudados isoladamente um dos outros, mas interagem para a formação de um conceito mais aproximado da realidade.

Saliente-se que, de fato, a idade de uma pessoa, de forma isolada, não justifica qualquer restrição no exercício dos seus direitos, incluindo sua liberdade de contratar com instituições financeiras. Isto porque sua capacidade continua plena e a política a ser adotada e incentivada em face do idoso não deve ser a de sua passividade e inércia, mas a sua completa inserção na comunidade, de modo a poder realizar efetivamente todos os atos da vida civil. Da mesma forma, a sua capacidade econômica e social, quando concretizadas de forma isolada, não deve ser determinante para a configuração de uma possível vulnerabilidade, apesar de reconhecer que, na maior parte das vezes, esta se identifica com a baixa condição econômica e social da pessoa idosa. Tem-se, pois, a necessidade de uma concorrência desses fatores, caracterizando sua posição de inferioridade em face do credor, para caracterizar a vulnerabilidade da pessoa idosa, de modo a restar demonstrada a sua fragilidade durante a contratação.

Logo, não basta ser pessoa idosa para a constatação da vulnerabilidade e, por conseguinte, justificar a participação do Ministério Público. Esta se justifica na presença de um consumidor idoso analfabeto na relação contratual diante da constatação de sua fragilidade em relação ao credor financeiro. A condição de vulnerável já está presente em

todo o consumidor e essa vulnerabilidade, mais uma vez, incide em se tratando de uma pessoa idosa e analfabeta quando de sua participação em uma relação contratual.

É preciso compreender o idoso como uma pessoa capaz, com um histórico de vida, com desejos e, portanto, com autonomia e liberdade para escolher e gerenciar seu patrimônio, independentemente do fato da sua vontade divergir dos interesses de seus parentes e, até mesmo, quando suas escolhas forem moralmente condenáveis, desde que essa liberdade não comprometa sua própria sobrevivência com dignidade.

O analfabetismo, seja da pessoa adulta ou idosa, importa na redução da sua capacidade de entendimento e, por conseguinte, evidencia uma fragilidade para o trato nas relações contratuais, as quais exigem não só a leitura de cláusulas, mas principalmente a sua compreensão. Ocorre que essa redução da capacidade de discernimento do idoso e analfabeto acerca das inúmeras peculiaridades presentes nas relações cotidianas, que a cada dia se tornam mais complexas pelo avanço da tecnologia, não importa na limitação de sua capacidade de fato, segundo o Código Civil brasileiro em vigor.

Ao participar de uma relação contratual, o idoso pode ser caracterizado como consumidor ou não, a depender do tipo de relação da qual participe, cível ou consumerista. Logo, ao ser parte em uma relação consumerista, enquanto sujeito consumidor de um serviço fornecido por uma instituição bancária, a pessoa idosa passa à condição de hipervulnerável pelo simples fato de que a vulnerabilidade é um conceito inerente a todo consumidor, idoso e analfabeto.

Trata, pois, esta tese de uma tripla vulnerabilidade do consumidor idoso e analfabeto. Essa adjetivação sucede em razão da pessoa idosa participar de uma relação consumerista, mas não somente, acrescente-se o fato de se tratar de idoso com a característica de ser analfabeto, o que lhe imprime uma vulnerabilidade diante da ausência de informação.

Essa obrigação de tutelar e salvaguardar o idoso é primeiramente da família, até por conta dos princípios do cuidado, da responsabilidade e da ordem prevista pelo legislador constitucional, que denuncia sua intenção em privilegiar o fortalecimento do núcleo familiar. Entretanto, quando a família e a comunidade não cumprem esse papel, não deve a pessoa idosa e analfabeta ficar desamparada. Nesta hipótese, cabe ao Ministério Público assumir essa responsabilidade de informar o idoso e salvaguardá-lo. No dia a dia das promotorias de justiça do interior do Brasil, comumente, o promotor de justiça é instado a fornecer informações sobre contratos de empréstimos bancários já realizados sem qualquer intervenção de um membro da família do idoso analfabeto.

Mas no desempenho dessa atribuição de informação da pessoa idosa analfabeta, todo cuidado é pouco, pois, não deve o promotor de justiça deixar de respeitar a vontade da pessoa idosa e assumir a gestão financeira de sua vida. Há que se ter parcimônia e exercer essa função nos estritos limites do caráter informativo, com a finalidade de se prevenir conflitos e salvaguardar direitos fundamentais. Desta maneira, ao promotor de justiça resta a função de garantir que a vontade do consumidor idoso e analfabeto esteja qualificada, exercendo sua escolha de forma consciente.

Por fim, é importante situar o objeto desta pesquisa. No exercício da atribuição de defesa dos interesses das pessoas idosas, o Ministério Público pode realizar uma tutela individual, através da salvaguarda do direito de um idoso específico, mas também lhe é permitido o exercício de uma tutela coletiva, pela qual atua em defesa de todos os idosos submetidos a uma determinada situação de risco. As duas formas de tutela podem ser realizadas pelo Ministério Público por meio de um processo judicial ou sem a necessidade dele, por intermédio de uma atuação administrativa ou pré-processual. O foco deste trabalho não é a tutela judicial, mas a prevenção de conflitos com uma abordagem da tutela individual e coletiva pré-processual.

1. A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO ANALFABETO

1.1. O conceito de vulnerabilidade e sua origem

A terminologia vulnerabilidade deriva da expressão latina *vulner* (*vulnus*, *eris*, ‘ferida’)¹. O sentido etimológico de vulnerabilidade nos dá pistas concretas do seu conceito assimilado pela ordem jurídica brasileira. Do latim *vulnerabilis* “que pode ser ferido”, *de vulnerare*, “ferir”, *de vulnus*, “ferida”². É através da expressão latina *vulnerabilis* que se chega ao adjetivo vulnerável, que qualifica a pessoa mais facilmente atingida por um mal. Vulnerável é, pois, a qualidade daquele que ocupa o lado mais fraco, ponto pelo qual pode ser ferido.³ Vulnerabilidade é, pois, a condição do indivíduo que apresenta essa característica de ter os seus direitos violados de maneira mais fácil.

Vulnerabilidade também é costumeiramente associada ao conceito de minoria. Isto porque geralmente os grupos minoritários, e esta não é necessariamente a numérica,⁴ reclamam intervenção protetiva, como forma de proteção. Sem descurar do fato de que há grupos que são minoritários, mas são dominantes. Esses dispensam tratamento protetivo na legislação.⁵

Em razão do maior risco a que está exposto, o vulnerável apresenta mais chances de se tornar vítima de um ilícito civil ou penal. Por essa razão, muitas vezes, vítima e vulnerável são termos usados como sinônimos, mas, o certo é que, os conceitos de “vítima” e de “vulnerabilidade” não coincidem. Diferentemente da vítima, para o vulnerável o dano ainda não ocorreu, ele está exposto a um risco.⁶

Diante de um indivíduo mais fragilizado em uma relação jurídica, chegou-se à necessidade de se criar um conjunto de normas e princípios próprios para elevar essa posição e se alcançar o equilíbrio. Partindo dessa ideia, no Brasil, passou-se a presumir a

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 2089.

² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.66).

³ FERREIRA, op.cit., p. 2089.

⁴ Claudio Marcelo Kiper deixa patente que a minoria não necessariamente é a minoria aritmética, e enfatiza a situação de inferioridade, em suas palavras: “Partiendo de la base de que una minoria puede no ser tal en el sentido puramente aritmético – ya que muchas veces un grupo reducido crea en el ámbito de la sociedad una situación de predominio político, económico, militar, etc., de modo que el grupo subordinado es numericamente mayor, lo cual no varía mientras no se modifique el equilibrio de fuerzas y que hace ser relativa a la relación entre mayoría y minoria – es la situación de inferioridad la que determina el concepto de minoria que nos interesa”. (KIPER, Claudio Marcelo. **Derechos de las minorias ante la discriminación**. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1998, p.67).

⁵ “En todo caso, los grupos minoritarios dominantes no necesitan medidas de protección, mientras que las mayorías oprimidas tienen derechos que rebasan en mucho las medidas de protección destinadas a las minorias”. (Ibid., p.73).

⁶ BARBOZA, op.cit., 2008, p.113.

vulnerabilidade de determinados grupos, considerados na relação contratual como mais frágeis, e em relação a esses, criou-se regramento próprio para limitar a autonomia privada.⁷

Ser vulnerável significa, portanto, por questões fáticas e/ou históricas, estar na relação jurídica em uma situação de inferioridade em relação à outra parte.⁸ Essa posição sujeita o indivíduo, muitas vezes, a normas que não lhes são favoráveis, impondo-lhes um risco bem superior ao experimentado em situações de igualdade. É a busca por equivalência e igualdade de condições que faz nascer o conceito e o princípio da vulnerabilidade.⁹

Historicamente, observa-se que o Estado liberal enfatizava a autonomia privada. Em linha oposta, o foco do Estado social estava em realizar a justiça social.¹⁰ Com esse objetivo, era necessário reduzir as muitas desigualdades existentes entre as pessoas, através da criação de regras que pudessem restaurar e promover o equilíbrio.

Nota-se que a diferença social gera um desequilíbrio nas relações jurídicas, já que o mais forte sempre sobrepõe a sua vontade ao mais frágil. Surge, assim, a necessidade de promover um equilíbrio nessas relações através de uma tutela diferenciada da parte mais frágil (vulnerável) com a finalidade de se alcançar a tão desejada igualdade substancial.¹¹ . Alerta-se, portanto, que constitui equívoco pensar que essa ideia de proteção dos mais frágeis só surgiu com o Estado Social.

No Código de Hammurabi, escrito entre 1955 e 1913 a.C., consta expressamente uma regra protetora do inquilino (parte mais frágil) em face do proprietário

⁷ Salieta Mônica Aguiar: “Ser autônomo não significa não estar – característica -, ou não ser – condição- vulnerável”. (AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101). Paulo Lôbo expressamente cita algumas dessas categorias cuja vulnerabilidade é presumida e que tem um regramento próprio: o mutuário, o inquilino comercial, o promitente comprador de imóveis loteados, o trabalhador, o inquilino residencial, o consumidor e o aderente em contrato de adesão. (LÔBO, Contratante vulnerável e autonomia privada. In: (Coord.) NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito e justiça social por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p.159).

⁸ Heloisa Helena Barboza explica: “Como se constata a definição de vulnerabilidade compreende, além da ideia de risco, outras, como carência, inferioridade, constrangimento e sofrimento, não episódicos, mas “naturalizados”, isto é, como ínsitos à situação da pessoa”. (BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: (Coord.) NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito e justiça social**. São Paulo: Atlas, 2013, p.105).

⁹ Daí a conclusão de Paulo Lôbo “A vulnerabilidade é subprincípio que se origina do princípio social da equivalência material. Por sua vez, a equivalência material deriva diretamente do princípio da solidariedade e da justiça social”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.167-168).

¹⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45; e LÔBO, op.cit., 2013, p.159.

¹¹ Nessa mesma linha de intelecção Heloisa Helena Barboza, para a qual: “O reconhecimento de que as pessoas vulneráveis precisam de uma tutela diferenciada como forma de promover a igualdade material é fundamental para a preservação da dignidade das pessoas vulneráveis”. (BARBOZA, op.cit., 2013, p.103). Atente-se para a observação de Paulo Lôbo: “A equivalência material, recepcionada como princípio normativo pelo direito brasileiro, rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal que caracterizou a concepção liberal de contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direito e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da parte vulnerável”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.162).

da casa. Existia ainda disposições que regulamentavam o comércio, tratando de preços, qualidade e quantidade de produtos, com a finalidade de se conferir uma tutela protetiva do consumidor (indivíduo mais fraco da relação jurídica).¹²

Mas a ideia de que o consumidor é um indivíduo vulnerável surge no século XX a partir da constatação do poder econômico do fornecedor e da falta de intervenção do Estado nas relações de consumo.¹³ Interferiu diretamente nessa nova feição, a observação dos riscos da industrialização, com o aparecimento de novos produtos em grande escala e a posição contratual do consumidor frente ao nascimento dos contratos de massa.

1.1.1. A necessidade de se conferir tratamento jurídico distinto aos mais frágeis

Igualdade, vulnerabilidade e desigualdade são conceitos atrelados, pois, a ideia de vulnerabilidade surge com a finalidade de se alcançar a igualdade, minimizar as desigualdades e impedir possíveis danos ao vulnerável.¹⁴ A convivência em sociedade faz aumentar a vulnerabilidade, mas não faz surgir esse estado. Dessa constatação, Heloisa Helena Barbosa extrai uma distinção entre vulnerabilidade e desigualdade para a qual a vulnerabilidade é um conceito jurídico indeterminado e a desigualdade é um conceito objetivo que exige o juízo de comparação.¹⁵

Partindo desse panorama histórico, a tutela da vulnerabilidade jurídica na Constituição Federal brasileira de 1988 ecoa por todo o sistema e ganha realce especialmente no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. Interessante notar que parte desses grupos de vulneráveis reclamaram uma intervenção legal tão extensa e detalhada que fizeram surgir outros ramos do direito como o direito do trabalho e o direito do consumidor.¹⁶

É no direito do consumidor que se encontram os maiores estudos sobre vulnerabilidade. Dessa forma, quando se menciona a vulnerabilidade, logo ela é associada à tutela consumista.¹⁷

¹² MENDES, Raimundo. A proteção do consumidor, segundo Hammurabi. In: (Coord.) AMARAL, Luiz. **Defesa do consumidor: textos básicos**. 2. Ed. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, jul. 1988, p. 166-168.

¹³ SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

¹⁴ GURGEL, op.cit., p. 41. Conclui Heloisa Helena Barboza: “Vulnerabilidade e Igualdade são conceitos que se imbricam”. (BARBOZA, op.cit., 2013, p.103).

¹⁵ Ibid., p.113.

¹⁶ LÔBO, op.cit., 2013, p.160.

¹⁷ César Carranza Álvarez associa a vulnerabilidade do consumidor aos riscos e prejuízos aos quais está submetido acrescidos de caracteres que os potencializam: “La vulnerabilidad del consumidor alude a una deficiencia estructural que lo vuelve proclive a la asunción de riesgos y/o perjuicios con ocasión del consumo de productos o servicios. Parte de un conjunto de condicionantes que potencian tal posibilidad en la incursión que realiza en el mercado para la provisión de todo

Mas a vulnerabilidade jurídica não fica restrita à consumerista. A previsão de uma cláusula geral de proteção da pessoa na Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe também inúmeras regras que visam realizar a dignidade da pessoa humana¹⁸. E uma dessas regras foi a previsão de tutela diferenciada à pessoa idosa, à criança e à mulher. Essa tutela surge da necessidade de distinguir esses grupos de pessoas das demais por se entender que eles, já ao nascerem, estão mais expostos a situações que afrontam diretamente sua dignidade.¹⁹ De forma expressa, é possível constatar que a vulnerabilidade foi acolhida na ordem constitucional brasileira, no seu artigo 7º, com um conjunto de normas protetivas aos trabalhadores e no artigo 227, §3º, diante da proteção especial da criança e do adolescente.

1.1.2. O princípio do *favor debilis*

O princípio do *favor debilis* é utilizado como parâmetro interpretativo de vários tipos de relações jurídicas, sejam elas, de ordem trabalhistas, consumeristas ou relacionadas com os direitos da infância e juventude. Esse parâmetro jurídico interpretativo surge a partir do *favor debitoris* com a finalidade de atenuar as obrigações pecuniárias do devedor incidente sobre a sua pessoa ou sua própria família.²⁰

Atualmente reconhece-se uma infinidade de grupos de vulneráveis, os trabalhadores, as crianças, os consumidores, apenas para citar alguns. A esses grupos se

lo que requiere para su existência, vinculadas con la edad, género, discapacidad, ancianidad, condición económica, educación, entre otras”. (ÁLVAREZ, César Carranza. De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad en el derecho peruano. In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari; **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.141).

¹⁸ Nesse sentido Elcio Arruda: “Se o princípio for expressamente consagrado na Lei Maior ou na legislação infraconstitucional, ele adquirirá foros de cláusula geral, de que são exemplos a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), a irretroatividade da lei penal (artigo 5º, XL), a humanidade e da pessoalidade das penas (artigo 5, XLV e XLVII), [...]”. (ARRUDA, Elcio. Instabilidade, incerteza e insegurança jurídica na sociedade contemporânea. (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, n.18, p.17-39, abr.-jun.2013, p.33). Assim também se posiciona Nelson Rosenthal: “Em Estados plurais e antropocêntricos, não obstante imersos na abstração e anonimato das massas, cada pessoa é portadora de especial dignidade, cláusula geral assecuratória de direitos fundamentais na esfera privada e salvaguarda dos direitos da personalidade que irradiam sobre sua integridade psicofísica, nas dimensões do corpo, alma e intelecto”. (ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: **Direito e justiça social por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p.147).

¹⁹ Para Heloisa Helena Barboza: “Não há para tais pessoas possibilidade de exercer seus direitos, por vezes sequer de ter acesso a eles, em igualdade de condições, sendo necessário que o Direito lhes propicie os instrumentos para tanto, como determina a Constituição da República”. (BARBOZA, op.cit., 2013, p.105).

²⁰ SCHÖTZ, Gustavo J.. *El favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. **Ars Iuris Salmanticensis Estudios**, Salamanca, v. 1, diciembre, 2013, p. 116. Francesco Galgano salienta que até os dias atuais se percebe o *favor debitoris* no sistema jurídico italiano: “La sopravvivenza della costituzione in mora è, in verità, il retaggio dell’antico *favor debitoris*: il ritardo del debitore nell’eseguire la prestazione dovuta si presume tollerato dal creditore, sul quale incombe l’onere, per vincere questa presunzione, di fare al debitore formale richiesta della prestazione”. (GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile: le obbligazioni in generale, il contratto in generale i singoli contratti**. Volume secondo. Terza edizione. Padova: CEDAM, 2015, p. 81). Rodney Malveira da Silva volta ao último título do Digesto para demonstrar como a máxima do *favor debitoris* é antiga. (SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011, p.168).

aplica o princípio do *favor debilis*, seja no momento da elaboração legislativa, ou mesmo no julgamento de cada caso de forma individualizada. Nesses casos, se terá a presunção de desigualdade entre qualquer um desses grupos e a outra parte da relação. Caberá ao intérprete verificar, na hipótese concreta, uma forma de compensar a fragilidade do sujeito vulnerável.²¹ Surge, portanto, o *favor debilis* juntamente com a superação da ideia de que a igualdade formal era suficiente para propiciar um regime jurídico justo e a constatação de que a desigualdade fática existente entre consumidores e fornecedores exigia um regime protetivo para aquele que ocupa a posição mais frágil da relação consumerista.²²

No âmbito do direito contratual, o princípio do *favor debilis* pode determinar a restrição da liberdade, seja da parte mais forte ou mais frágil, para regulamentar o vínculo contratual e compensar o desequilíbrio existente entre elas, de modo a prevenir lesões aos direitos do vulnerável.

É no direito consumerista que o princípio do *favor debilis* se manifesta de uma forma própria “*in dubio pro consumptore*”. A vulnerabilidade própria reconhecida a todo consumidor faz surgir um regime próprio de proteção à parte mais débil, tendo em conta a sua vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e econômica e o contexto de uma economia que se vale diuturnamente dos contratos de massa.

A exigência da boa-fé, do comportamento diligente, cuidadoso e profissional por parte do fornecedor e a restrição na liberdade de contratação representam algumas das facetas assumidas pelo princípio do *favor debilis* na criação de uma tutela própria aplicada ao direito consumerista. Gustavo J. Schötz enfatiza a necessidade de restrição dessa liberdade em contratar, diante da constatação da diferente capacidade de negociação das partes.²³

²¹ Gustavo J. Schötz enfatiza: “Esta intervención omnicompreensiva tiene su razón de ser en una presunción de desigualdad. Pero a diferencia de la operatividad de un derecho subjetivo, que una vez otorgado implica una potestad de atribución que manda conductas positivas o prohíbe otras, en este caso corresponderá al intérprete en cada caso verificar si corresponde ajustar las prestaciones a favor del sujeto débil de la relación, por existir duda suficiente. De aquí que las conexiones materialmente orientadas, que buscan la justicia sustantiva del caso, suelen tener como trasfondo alguna situación de debilidad. En definitiva, *el favor debilis* puede ser descubierto por un proceso inductivo de generalización creciente. En el derecho argentino aparece expresamente en los arts. 3 y 37 LDC (Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la República Argentina), en el ámbito protectorio del consumidor”. (SCHÖTZ, op.cit., p. 121).

²² BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013, p. 39-41.

²³ SCHÖTZ, op.cit., p. 127.

1.1.1. A vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor

A vulnerabilidade é caracterizada pela verificação de uma fragilidade do indivíduo ou social, que o torna mais propenso a ter os seus direitos violados, em razão do desequilíbrio ocasionado por sua fraqueza. Essa fragilidade pode se dar em razão de uma deficiência de informação (vulnerabilidade informacional), de sua limitação técnico-científica (vulnerabilidade técnica), de sua inexperiência em litígios judiciais (vulnerabilidade jurídica) e pela desproporção sócio-econômica revelada na relação de consumo (vulnerabilidade fática). Vê-se, portanto, que a debilidade pode se manifestar em diferentes aspectos do indivíduo e, a depender do tipo de fragilidade, a vulnerabilidade apresenta diversas denominações.

A vulnerabilidade informacional do consumidor é notória, visto que o controle do manejo da informação está com o fornecedor. Ele é quem gerencia os tipos de informações que serão de conhecimento do consumidor. O que não for do desejo do fornecedor dificilmente o consumidor terá acesso. Por deter o controle de acesso das informações, sobre o produto ou serviço, bem como dos detalhes que gravitam em torno dos contratos de adesão é que, constitui dever do fornecedor fazer chegá-las ao consumidor.

O fornecedor detém o conhecimento técnico sobre o produto ou serviço comercializado. O consumidor, na maior parte das vezes, tomou conhecimento de detalhes do produto ou serviço no momento da sua aquisição ou contratação. Essa é a chamada vulnerabilidade técnica.

A vulnerabilidade jurídica evidencia-se pelo desequilíbrio existente entre o consumidor, que não tem o hábito de litigar em juízo, e só o faz em uma eventualidade, e o fornecedor, litigante habitual, em razão da atividade empresarial desempenhada.²⁴

A essencialidade do produto ou serviço, o exercício da atividade com pouca concorrência e a escassez de produtos são alguns dos fatores que podem induzir uma vulnerabilidade fática do consumidor, que termina por se submeter às condições ditadas pelo fornecedor.

Todas essas perspectivas da fragilidade do consumidor podem ocorrer concomitantemente ou separadas. O fato é que alguns desses aspectos sempre estará presente para o consumidor. Por essa razão, a sua vulnerabilidade é presumida.

²⁴ SCHMITT, op.cit., p. 209.

A regra do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor traz a característica da vulnerabilidade a todo consumidor. De forma diferente, deixou para o magistrado a tarefa de reconhecer o hipossuficiente, conforme o artigo 6º, VIII do mesmo diploma legal. Dessa maneira, é correto afirmar que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. Em razão desses dispositivos, costumeiramente se associa a vulnerabilidade a uma característica de ordem material e a hipossuficiência a um privilégio de ordem processual conferido ao consumidor.²⁵

Logo, a vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. Enquanto a hipossuficiência é o reconhecimento pelo Direito de que as condições econômicas de uma pessoa não lhes são favoráveis; a vulnerabilidade não guarda essa relação com a situação financeira de uma pessoa, mas o ordenamento jurídico reconhece a posição contratual desfavorável de determinados grupos e os elege como merecedores de tutela.²⁶

Atente-se ao fato de que a vulnerabilidade constatada no século XX não é a mesma que a verificada nos dias atuais, na medida em que se incrementou a fragilização do consumidor com a modificação dos hábitos de consumo.²⁷ As fronteiras comerciais, outrora existentes, foram desfeitas com o avanço do comércio eletrônico e o consumidor passou a adquirir produtos de serviços de fornecedores de qualquer lugar do mundo. Nesse tipo de comercialização, a informação sobre os bens ou serviços adquiridos fica mais fluida, mais difícil de ser controlada, na maior parte das vezes, inexistente o instrumento contratual escrito e as relações fundam-se, cada vez mais, na confiança e na boa-fé existente entre consumidores e fornecedores. Ressalte-se que essa boa-fé não é aferida pela intenção dos sujeitos, mas verificada pelos efeitos alcançados na relação consumerista concretamente desenvolvida.²⁸

²⁵ “Na legislação brasileira, o conceito de vulnerabilidade expressa uma circunstância de caráter material, ao passo que a hipossuficiência denota aspectos processuais, não refletindo, portanto, a mesma situação”. (SCHMITT, op.cit., p. 215).

²⁶ LÔBO, op.cit., 2013, p.162.

²⁷ “Seria uma crise de legitimação ou de confiança aumenta ainda mais a posição de vulnerabilidade do consumidor, agora que a produção se despersonalizou totalmente e desterritorializou-se. [...] O mundo virtual modificou os hábitos de consumo, mudou o tempo de consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade informacional, técnica, fática e jurídica do consumidor”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op.cit., p. 48).

²⁸ “Aqui é necessário impor um parâmetro mais visual, típico de nossa época, o princípio da proteção da confiança legítima, a *fides*, que já não mais valora a conduta das partes, mas sim o resultado prático, abusivo ou não, que se observa no mundo do direito”. (Ibid., p. 48).

1.2. A vulnerabilidade, a “situação de risco” e o Estatuto do Idoso

O Estatuto do idoso traz a idade de 60 (sessenta) anos como marco etário para o indivíduo ser caracterizado como idoso no Brasil. Nessa eleição do legislador não há qualquer inconstitucionalidade do Estatuto do Idoso frente ao artigo 230, §2º da Constituição Federal de 1988, responsável por trazer a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos.

A caracterização do idoso como sujeito vulnerável é bastante controversa na doutrina, pois se entende que o simples avançar da idade não o torna incapaz ou desprotegido. Ocorre que a proteção específica e o conjunto de direitos que lhes são atribuídos em razão da idade, coloca o idoso como pertencente a um grupo social, que reclama uma discriminação positiva.²⁹

A vulnerabilidade do idoso, muitas vezes, é associada à sua fragilidade emocional e a possibilidade de ser explorado por familiares e amigos.³⁰ Mas esse posicionamento não é unívoco, há autores que defendem o caráter vulnerável do idoso em todo e qualquer caso, assim como ocorre com o consumidor.³¹ Todo idoso é vulnerável. A partir desse entendimento, considera-se que a proteção do consumidor idoso precisa ser reforçada, já que nesse caso existiria uma dupla vulnerabilidade.

Pode-se constatar que o Estatuto do Idoso utiliza a expressão “situação de risco”, no artigo 74, III para legitimar a atuação do Ministério Público como substituto processual do idoso. Pois bem. Com isso surge o questionamento: vulnerabilidade e estado de risco significam a mesma coisa? Ser vulnerável é estar suscetível, em razão de sua condição individual ou mesmo social, a ter os seus direitos violados. Estar em situação de risco é estar prestes a ter ou mesmo ter os seus direitos violados. Portanto, entende-se a situação de risco como uma forma de vulnerabilidade. Dessa maneira, conclui-se que todo idoso é vulnerável, mas nem todo idoso está em situação de risco.

²⁹ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 24.

³⁰ Como revela Cristiano Heineck Schmitt: “É natural aos seres humanos pretenderem se relacionar, ou simplesmente pretenderem amar e serem amados. E, nesse caso, tal carência afetiva pode afetar determinados idosos que não possuem uma convivência familiar de trocas emocionais. O perigo dessa situação é a pessoa idosa remeter suas escolhas e desejos ao alvedrio de um vizinho, de um amigo, ou, até mesmo, de um familiar, tornando-se extremamente generosa com ele, em prol de uma segurança psicoafetiva”. (SCHMITT, op.cit., p. 221).

³¹ AGUIAR, op.cit., p. 100; GODINHO, op.cit., p. 24; e SCHMITT, op.cit., p. 219.

1.3.1. A proteção constitucional do idoso no Brasil

O legislador constitucional brasileiro nos artigos 1º, II e III³², 3º, IV³³, 5º³⁴ e 230³⁵ traçou o perfil que deve nortear a interpretação do jurista acerca das normas referentes à pessoa idosa no Brasil. Ressalte-se, entretanto, que a Constituição Federal brasileira de 1988 não é a única legislação que traz uma normativa específica para o idoso em nosso país.

As normas inscritas na Constituição brasileira de 1988 constroem uma política proativa voltada ao idoso, segundo a qual além de ser sujeito de proteção, ele possui garantias e direitos que lhes propiciam uma vida ativa e com dignidade. Nessa ordem de ideias, o fim almejado é a autossuficiência da pessoa idosa. Atento a esse objetivo, o legislador construiu um conjunto de regras que, em sua maioria, privilegia os aspectos que promovam a independência do idoso.³⁶

O perfil delineado pela norma constitucional representa um grande avanço para os idosos, no sentido de integrá-los à comunidade, e de mudança na política do seu acolhimento, sujeitando-os a uma proteção especial, mas sem lhes retirar a autonomia. Isso não significa que, em casos específicos, a autonomia não possa ser mitigada em face de outro direito fundamental do idoso. É esse perfil, desenhado na Carta Constitucional, que irá impregnar as demais normas e toda a interpretação referente à pessoa idosa no Brasil.

É certo que a idade não constitui por si só um limite ao exercício ou mitigação de direitos, mas também é correto afirmar que o avançar dos anos representa o nascimento de algumas limitações no corpo da pessoa, seja na agilidade em se locomover, na acuidade visual ou mesmo na destreza de movimentos, bem como na forma de se relacionar com o

³² BRASIL. Constituição Federal. (1988) Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...]”.

³³ BRASIL. Constituição Federal. (1988) Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁴ BRASIL. Constituição Federal. (1988) Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

³⁵ BRASIL. Constituição Federal. (1988) Artigo 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. §1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. §2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

³⁶ Pietro Perlingieri enuncia: “A idade não pode ser um aspecto incidente sobre o *status personae*. A idade, não importa se menor, madura ou senil, não incide de per si, sobre a aptidão à titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.167).

mundo a sua volta. Isso porque o avanço da tecnologia e as inovações ocorridas todos os dias impõem ao idoso uma constante atualização, sob pena de ficar excluído da vida em comunidade. É essa necessidade de integração e ao mesmo tempo o nascimento de limitações que precisam estar compatibilizadas nas regras. Proteção da pessoa vulnerável e promoção de sua autonomia: é essa a dinâmica que precisa estar em voga ao se pensar na tutela do idoso.

Nesse contexto de proteção à pessoa idosa e promoção de sua autonomia, a Lei nº8.842/94 enuncia uma Política Nacional do Idoso, por meio da qual, assegurou aos idosos direitos sociais, promoveu sua integração na sociedade e criou o conselho nacional do idoso, seguindo a tendência enunciada pela Carta Constitucional. Essa lei foi regulamentada pelo decreto nº 1.948/96 e, para implementar o amparo social foi promulgada a Lei 8.742/93. Por sua vez, o Estatuto do Idoso, seguindo a mesma linha da Lei nº8.842/94, surge com o ideário de proteção à pessoa idosa, mas também sem descurar da promoção de suas garantias e autonomia.

O fato é que as duas leis (o Estatuto do Idoso e a Lei 8.842/94) existem no sistema brasileiro e são válidas, complementando-se no tocante à promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa.³⁷

A base constitucional que vem influenciar a legislação brasileira sustenta-se nos valores da isonomia, cidadania, dignidade e solidariedade. Esses são os quatro principais pilares eleitos, como base de apoio das regras e princípios constitucionais relacionados à pessoa idosa, e que passaram a gerir todas as normas infraconstitucionais referentes a essa temática.

Ao se enunciar o valor da isonomia e elencá-lo como princípio, o legislador constitucional intenciona vedar discrimenes legais cujas justificativas sejam somente a idade da pessoa, o sexo, a cor, a origem racial, etc. Dessa forma, são permitidas vedações quando essas não se relacionem apenas com a sua idade.³⁸ A regra, portanto, que deve nortear a

³⁷ A despeito das críticas doutrinárias à falta de vontade política e pressão social à implementação da Lei 8.842/94: “Não obstante, os princípios contemplados nessa lei não foram implementados pelo fato de não terem repercussão e aceitação adequadas. O que nos resta é torcer para que o mesmo não ocorra com o Estatuto do Idoso”. (DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 40).

³⁸ A natureza do cargo a ser ocupado, por exemplo, é um discrimen que impede a participação do idoso em concurso público já admitido no Brasil, conforme redação da Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal “o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. De outra banda, a discriminação do indivíduo em razão apenas da idade constitui crime tipificado no Estatuto do Idoso, em seu artigo 96: “Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa”.

interpretação e a criação de normas, precisa estar assentada na qualidade de sujeito de direitos da pessoa idosa, dotado de personalidade, capacidade e autonomia.³⁹

A conscientização da família sobre o papel do idoso em sociedade e o respeito às suas escolhas são ideias que promovem a participação social e a integração na comunidade da qual o idoso participa, promovendo sua cidadania e, por conseguinte, permitindo-lhe o exercício pleno de uma vida com dignidade.⁴⁰

A dificuldade consiste em aliar a necessidade de proteção da pessoa idosa, manifestada por meio do valor solidariedade, com a necessidade de promoção da sua autonomia e plena participação na comunidade. Isto porque o valor solidariedade se traduz no cuidado para com o idoso; cuidado que deve partir da família⁴¹, da sociedade e do Estado. Inegável que o cuidar gera a tendência de superproteger o vulnerável, mas limitar a sua autonomia, apenas em razão da idade, não encontra apoio nos valores da isonomia, cidadania e dignidade. O artigo 1.641, II, do Código Civil brasileiro é um exemplo de como a ideia de cuidado e promoção do valor solidariedade suplantou, de forma equivocada, os valores da isonomia, cidadania e dignidade.

Atente-se ao fato de que o cuidado em relação ao idoso não deve nortear apenas a sua família, mas deve traçar caminhos às instituições que velam pela concretização de sua autonomia.

Para definir e caracterizar o sujeito que o Estatuto do Idoso, a Lei de Política Nacional do Idoso e a Constituição Federal de 1988 visam proteger, o legislador brasileiro adotou o critério etário ou cronológico para definir o conceito de pessoa idosa. Esse critério vem expresso no Estatuto do Idoso.⁴²

³⁹ “Posta assim a questão, conclui-se que a pessoa idosa está apta a exercer, por si só, todos os atos de sua vida civil, sem qualquer limitação, ante o princípio da igualdade que impera no ordenamento jurídico brasileiro, como se infere da interpretação do artigo 3º, IV, e artigo 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal”. (STEFANO, Isa Gabriela de Almeida; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O idoso e a dignidade da pessoa humana. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

⁴⁰ Atente-se à advertência de Silvia Fernandes Chaves: “Banir do sistema jurídico o pobre, o miserável e o analfabeto só porque eles não estão dentro do sistema criado pelo capitalismo é abstrair o princípio basilar de nosso direito, a saber, a dignidade da pessoa humana”. (CHAVES, Silvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. Barueri, São Paulo: Manole, 2015, p.9).

⁴¹ “Esta é a razão pela qual interdependência e solidariedade entre gerações (uma via de mão-dupla, com indivíduos jovens e velhos, onde se dá e se recebe) são princípios relevantes para o envelhecimento ativo”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.71).

⁴² Heloisa Helena Barboza ressalva: “A adoção da idade, independentemente de qualquer outro elemento subjetivo ou objetivo, para a qualificação de uma pessoa como idosa segue critério tradicionalmente utilizado no direito brasileiro no tratamento de questões envolvendo autonomia, em geral vinculada ao discernimento, de que são exemplo a atribuição de capacidade civil, a idade mínima para casamento, a imputabilidade para fins de responsabilização civil e penal. No caso do idoso, que não tem afetada sua capacidade civil em razão exclusivamente da idade, o limite de sessenta anos tem sido questionado”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.63).

Fica estabelecida a idade de 60 (sessenta) anos para considerar a pessoa como idosa. Essa caracterização, pelo critério etário, implica em um tratamento jurídico diferenciado, importando aquisição, modificação e até mesmo limitação de alguns direitos.⁴³

Toda classificação e eleição de um critério legislativo para submissão a uma regra não está imune a críticas. Ocorre que o critério objetivo é essencial para inclusive definir um marco para a aquisição de direitos próprios da pessoa idosa.⁴⁴ Assim como ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador precisa eleger um método ou forma para estabelecer o marco de incidência da regra.

As regras destinadas à pessoa idosa surgem no momento em que os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram o aumento dessa população.⁴⁵ Esse aumento é sem dúvida fruto de uma evolução da medicina, um incremento na qualidade de vida das pessoas idosas com acesso a uma vida mais saudável e medicamentos mais eficientes, bem como em razão da melhora nas condições econômicas do idoso.

1.3.2. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa

O melhor interesse da pessoa idosa é um princípio constitucional implícito⁴⁶ o qual deriva da prioridade de tratamento e da proteção integral que se devem conferir às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos. Emerge, outrossim, da cláusula geral de tutela da pessoa humana.⁴⁷

A prioridade de tratamento do idoso não é restrita ao fato desse gozar de prioridade de atendimento. É mais. Significa que as políticas públicas devem ser pensadas

⁴³ A exemplo de limitação no exercício de direitos, a Súmula 683 do STF estabelece: “o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

⁴⁴ Enfatize-se, outrossim, que a despeito do critério etário para definir a pessoa idosa aos maiores de 60 anos, a própria Constituição Federal brasileira outorga no seu artigo 230, §2º a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. Sobre os diversos critérios para se definir uma pessoa como idosa, atente-se à observação de Fernanda Paula Diniz: “Para o critério psicológico, seria considerado idoso aquele que dispusesse de determinada condição física e intelectual. Tal critério é eivado de subjetividade, o que dificulta a sua aplicação. No critério econômico-financeiro, seria idoso o hipossuficiente economicamente, que necessitaria de maior proteção se comparado ao ‘independente’. Contudo, tal critério é extremamente frágil, vez que nem todo idoso é pobre”. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 5-6).

⁴⁵ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Departamento de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro, 2002. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. nº9. Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000 DADOS IBGE. “Segundo o Censo 2000, a população de 60 anos ou mais de idade, no Brasil, era de 14 536 029 de pessoas, contra 10 722 705 em 1991. O peso relativo da população idosa no início da década representava 7,3%, enquanto, em 2000, essa proporção atingia 8,6%. Neste período, por conseguinte, o número de idosos aumentou em quase 4 milhões de pessoas, fruto do crescimento vegetativo e do aumento gradual da esperança média de vida”. (CENSO DEMOGRÁFICO 1991: resultados do universo: microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. 21 CD-ROM; IBGE, 2000).

⁴⁶ BARBOZA, op.cit., 2008, p.71. Atente-se ao fato de que o conceito de postulado enunciado por Humberto Ávila corresponde ao parâmetro interpretativo desempenhado pelo melhor interesse da pessoa idosa. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.88-89).

⁴⁷ BARBOZA, op.cit., 2008, p.57.

primeiramente para atendê-los e que no sistema de saúde, de justiça, nas relações entre os particulares e entre esses e o poder público, o idoso assume uma posição privilegiada de sujeito de direitos.

Por sua vez, a proteção integral corresponde ao espectro amplo de garantias e direitos que a pessoa idosa possui, abrangendo todos os aspectos de sua personalidade, sejam de ordens físicas ou psicológicas.

O envelhecimento com qualidade de vida repercute diretamente na autonomia do idoso, pois quanto mais esse envelhece com dignidade e com saúde física e mental preservadas, maior o seu grau de independência. Atualmente, as pessoas além de alcançarem uma idade mais longeva que em tempos pretéritos⁴⁸, chegam nessa idade com qualidade de vida e, por conseguinte, com maior autonomia.

Entretanto, dizer que o idoso hoje tem maior autonomia que outrora e envelhece com maior qualidade de vida não significa dizer que esse fato ocorra para todos os idosos e que não devam ser sujeitos de proteção. Em se tratando de idosos e acrescentando a característica de serem analfabetos, essa autonomia não é constatada, em regra, sobretudo quando necessário o uso da habilidade intelectual. Ao pactuarem contratos de créditos bancários, essa autonomia não é verificada em relação aos idosos analfabetos, pois lhes faltam informações básicas para o correto entendimento dessas cláusulas. Mais que a vulnerabilidade inerente a todo consumidor, a vulnerabilidade do consumidor analfabeto é potencializada, diante da ausência da habilidade individual de compreensão do contrato e de conceitos a esses inerentes. Na verdade, falta-lhes, logo de início, a aptidão de leitura, requisito fundamental para que possam sozinhos compreender o pacto.

Hoje, tem-se a exata noção de que a ausência ou perda da qualidade de vida tem relação direta com a dignidade da pessoa idosa e o princípio da solidariedade.⁴⁹ No

⁴⁸ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Departamento de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro, 2002. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, nº9. Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000 DADOS IBGE. “A análise da evolução da relação idoso/criança mostra que a proporção de idosos vem crescendo mais rapidamente que a proporção de crianças: de 15,9% em 1980, passou para 21,0% em 1991, e atingiu 28,9%, em 2000. Em outras palavras, se em 1980 existiam cerca de 16 idosos para cada 100 crianças, 20 anos depois essa relação praticamente dobra, passando para quase 30 idosos por cada 100 crianças. Assim, embora a fecundidade ainda seja a principal componente da dinâmica demográfica brasileira, em relação à população idosa é a longevidade que vem progressivamente definindo seus traços de evolução”. (Projeto IBGE/Fundo de População das Nações Unidas UNFPA/BRASIL (BRA/98/P08), Sistema Integrado de Projeções e Estimativas Populacionais e Indicadores Sociodemográficos, Projeção preliminar da população do Brasil por sexo e idade 1980-2050, revisão 2000, p.10).

⁴⁹ Heloisa Helena Barboza enfatiza a relação do princípio da solidariedade e a qualidade de vida do idoso: “A solidariedade, hoje princípio jurídico, possibilita e assegura a realização dessas mudanças que conferem ‘qualidade de vida’ ao idoso, sem a qual fica comprometida sua dignidade”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.69).

Brasil, a solidariedade, apesar de constar nos ideais preconizados pela Revolução Francesa⁵⁰, por meio da eleição da fraternidade, somente com a Constituição de 1988 chegou na legislação com o foco de buscar a promoção do bem comum e a ideia de que o indivíduo não está dissociado da coletividade, mas inserido nela.⁵¹

Proteção é aspecto do cuidado e esse, por sua vez, está diretamente relacionado à solidariedade. O idoso não está isolado e deve ser visto inserido na comunidade, na família, em um grupo do qual faça parte. É por tudo isso que solidariedade e cuidado são valores e ideias que estão imbricados. Envelhece-se no cotidiano, no contexto familiar e social, bem como na relação com amigos e vizinhos.⁵² Ninguém envelhece sozinho.

Por sua vez, a grande importância do princípio do melhor interesse da pessoa idosa é constituir uma moldura para as diversas situações ocorridas diuturnamente na vida dos idosos, a qual é construída através das regras já previstas e dos casos concretos decididos pelo juízo. Sua eficácia é direta e imediata e, portanto, sua incidência se dá independentemente de regras para discipliná-lo. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa também é usado como critério hermenêutico na interpretação de regras referente às pessoas idosas.⁵³

⁵⁰ “Embora a solidariedade tenha sido posta na base da criação do Estado, que estava no ideário da Revolução Francesa, juntamente com a liberdade e a igualdade, foi ela, a solidariedade, o princípio menos ressaltado, porque inconveniente às pretensões do liberalismo imperante no século XIX”. (HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.124).

⁵¹ “Merece ser referido o fato de que antes da Constituição de 1988 o termo solidariedade só aparece nos textos legislativos brasileiros, como critério de alargamento das garantias obrigacionais – solidariedade passiva, ou como possibilidade de recebimento da totalidade da prestação por um único credor, quando há multiplicidade de credores – solidariedade ativa. O designativo solidariedade, nesse caso, nada tem a ver com o princípio a que se reporta na presente reflexão”. (Ibid., p.126).

⁵² BARBOZA, op.cit., 2008, p.71. Ensina Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: “Ademais, na nossa Carta Magna, o princípio da solidariedade é claramente revelado no dever imposto à sociedade e ao Estado de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). (GURGEL, op.cit., p. 66). Sobre o tema salutar a observação de Giovanni Franchi: “La nostra è una società sempre più anziana: sempre meno sono i nuovi nati, mentre la durata della vita media si è prolungata. Se in passato era un traguardo diventare ultra sessantacinquenne, oggi lo è raggiungere i novant’anni. Un tempo la cura dei ‘vecchi’ era deferita alle famiglie, famiglie spesso agricole con la disponibilità di ampie dimore, dove il nonno e, soprattutto, la nonna erano chiamati ad allevare bambini e ragazzi, fino a che erano loro ad non essere più in grado di farsi carico di loro stessi. In quel momento spettava alla figlia o alla moglie del figlio subentrare nella loro cura. Oggi le famiglie sono diverse. Si vive in piccoli appartamenti, dove c’è spazio solo per la coppia e i figli, e non c’è più tempo per dedicarsi all’anziano. Entrambi i coniugi lavorano e non resta che trovare una struttura dove sistemare il nonno o la nonna”. (FRANCHI, Giovanni. **La tutela giuridica degli anziani non autosufficienti e delle persone affette da alzheimer**. Milano: Editore Key, 2016, p. 11).

⁵³ “Tal princípio, de inegável valia como critério hermenêutico, diante da complexidade da situação existencial do idoso, revela-se instrumento hábil na efetivação da tutela da dignidade das pessoas que se encontram em um estágio mais avançado da existência humana”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.71).

1.3.3. A pessoa idosa como sujeito de direitos com dignidade e autonomia

A eleição da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos como um princípio fundamental a ser respeitado coloca no centro da ordem jurídica a pessoa humana, titular de direitos fundamentais. Esse fato interfere diretamente na elaboração das novas regras como também na interpretação de toda a legislação infraconstitucional.⁵⁴

O novo Direito Civil brasileiro, inaugurado pós Constituição Federal de 1988, também carrega essa marca de valorar as questões existenciais de maneira superior às patrimoniais, contudo, sem descuidar que, algumas vezes, essas últimas são fundamentais ao exercício daquelas. Fincado na realidade social e, por conseguinte, em constante renovação, o Direito Civil apresenta-se aberto, plural e centrado no valor da pessoa.⁵⁵

É com esse novo olhar, segundo o qual a pessoa humana é o núcleo do ordenamento⁵⁶ e rompendo o paradigma anterior, que o idoso precisa ser estudado. E dessa forma, passa a integrar o conceito de pessoa, o sujeito dotado de especial dignidade.

Como sujeito de direitos e pessoa dotada de especial dignidade não é permitido que o Estado, sob o manto da proteção e do cuidado, passe à condição de tutor do idoso, de maneira a comandar a sua vida retirando-lhe sua autonomia para o exercício de atos da vida cotidiana. Longe disso, bem longe. Não é isso que se defende nesse trabalho. O que se propõe é um equilíbrio entre a necessidade de proteção e a autonomia do idoso analfabeto, a qual precisa ser limitada na realização de contratos escritos que importem no seu endividamento e demandem a necessidade de leitura e compreensão.⁵⁷

Outro ponto que merece ser ressaltado com a eleição da pessoa humana enquanto núcleo do ordenamento jurídico é a percepção de que a relação contratual, tal qual

⁵⁴ “A Constituição de 1988 é um dos marcos nesta evolução. Ao escolher a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, alterou a essência do ordenamento jurídico brasileiro, impondo uma releitura da legislação infraconstitucional”. (STUART, Luiza Checchia. *Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*. (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. São Paulo, SP, ano 5, n.19, p.193-212, jul. -set. 2013, p.196).

⁵⁵ Ressalta Luiz Edson Fachin: “O Direito Civil hoje transcende as barreiras oitocentistas, cunhadas sob a égide do cientificismo e estadualismo, as quais atribuíram ao Direito natureza apartada da concretude da realidade social, concebendo-o como um sistema de normas legislativas ou ainda entendendo-o como um sistema perfeito de conceitos lógicos. Fá-lo a partir da compreensão de que o Direito deve haurir-se da realidade social, acompanhando as transformações oriundas da vida, configurando-se num discurso normativo capaz de dialogar intimamente com a sociedade, concebendo-se como aberto, plural”. (FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. v.XVIII Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.46-47).

⁵⁶ BARBOZA, op.cit., 2008, p.57.

⁵⁷ Não é novidade alguma limitar a prática de certos atos jurídicos por analfabetos, sobretudo se para a realização desses sejam necessários o uso da leitura, da escrita e da compreensão do que está escrito. Atente-se a redação do artigo 14, §1º, II, da Constituição Federal, segundo o qual: “Artigo 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: §1º O alistamento eleitoral e o voto são: II – facultativos para: a) os analfabetos”.

concebida na Revolução Francesa, precisaria sofrer profundas alterações caso se desejasse colocar o seu foco na proteção da pessoa. Sentiu-se, assim, a necessidade de se impregnar dos princípios do direito público as relações privadas, ato denominado pela doutrina de dirigismo contratual.⁵⁸

À luz dessas ideias, percebeu-se que para se atingir o ideal de igualdade material entre as partes de um contrato era necessário propiciar um equilíbrio entre elas, de modo a impedir que a mais forte subjugasse a parte mais fragilizada e exorbitasse em cláusulas desproporcionais e, por vezes, mitigadoras da própria dignidade do indivíduo, como em regra acontece nos contratos de adesão.

Notou-se, ainda, que os princípios da autonomia privada (liberdade de contratar) e da intangibilidade contratual obrigavam a pessoa mais vulnerável da relação a cumprir uma avença que, muitas vezes, lhe era prejudicial e mesmo ofensiva a sua dignidade, desde o nascedouro ou, que assim se tornou, em decorrência de alterações nas circunstâncias fáticas. Eram vastas as hipóteses contratuais, cujas cláusulas eram pensadas exclusivamente para privilegiar uma das partes em detrimento da outra, essa última sempre a mais vulnerável.

Nesse contexto de proteção da parte mais vulnerável, o espaço de autonomia é reduzido. Entretanto, essa limitação não pode estar fundada apenas no limite etário a fim de que possa ser compatibilizada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Há que se consolidar um entendimento de que o limite ao exercício de direitos precisa estar relacionado a outros fatores que não só o limite etário. Como regra, pois, há que se respeitar a vontade do idoso.⁵⁹

Nos contratos de crédito pessoal, pode-se elencar como fundamento para essa limitação na autonomia do idoso analfabeto, o estado de risco a qual está exposto esse indivíduo e a ausência de habilidade intelectual para compreender sozinho o conteúdo do contrato ou mesmo entender a sua situação financeira.

Com esse novo paradigma propagado através da publicização das relações privadas, como forma de proteger a pessoa vulnerável, deve-se conferir um tratamento distinto à pessoa idosa e analfabeta informando-a detalhadamente sobre as cláusulas do

⁵⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão de contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Arnoldo Wald (Coord.). São Paulo: RT, ano 7, nº26, out.-dez., 2004, p.41; e RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 32.

⁵⁹ Isa Gabriela de Almeida Stefano e Oswaldo Peregrina Rodrigues deixam patente que: “Importante se afirmar que o idoso em regra é uma pessoa plenamente capaz e suas vontades devem ser respeitadas [...]”. STEFANO; RODRIGUES, op.cit., p.258.

contrato oneroso que intente assinar. Isto porque, muitas vezes, essas condições eleitas no contrato pela parte que detém o poder de confeccioná-lo comprometem significativamente sua renda mensal. Essa prática acontece diuturnamente no Brasil: os idosos analfabetos não percebem as reais condições do contrato que assinaram e, apenas com o decorrer do tempo, notam que elas são diversas das imaginadas.

Constata-se, na prática, que as informações prestadas pelos agentes financeiros são insuficientes para esclarecer a pessoa idosa e analfabeta sobre as condições pactuadas. Muitas vezes, elas não compreendem aspectos básicos dos contratos, mesmo quando fornecidos detalhes das cláusulas contratuais pelos representantes dos bancos. Não são raros os casos nos quais não assimilam essas informações ou fazem uma análise equivocada sobre as suas possibilidades de pagamento, justamente pelas limitações intelectivas que têm.

O consumidor idoso e analfabeto não está apto a realizar sozinho simples cálculos orçamentários indispensáveis para não vir a se tornar um devedor. E essa constatação não se dá por sua condição de idoso, necessário enfatizar isso, mas pelo fato de ser analfabeto. Nesse caso, além de não deter o conhecimento necessário para a realização de operações matemáticas, desconhece questões técnicas contratuais que se encontram inevitavelmente escritas nos contratos de empréstimos (juros, correção monetária, foro, etc). Isso tudo admitindo a boa-fé do representante da instituição financeira em fornecer todas as informações reais sobre os juros devidos, a parcela a ser paga mensalmente, o valor total do empréstimo e o valor real que será devido, etc.

Não é raro constatar, atualmente, parcela da população idosa, que sobrevive com apenas um salário mínimo, ter parte significativa da sua renda já comprometida com inúmeros empréstimos. Sua capacidade de poupança fica limitada e termina totalmente desamparado para o caso de uma eventualidade.⁶⁰ Até para arcar com os pagamentos das despesas correntes com saúde e alimentação, esses idosos analfabetos, cuja parte da renda está comprometida com empréstimos, enfrentam enormes dificuldades. Nesse momento não é despendendo lembrar que envelhecer com dignidade é muito mais que ter saúde física e

⁶⁰ É relevante o dado que 62,4% dos idosos eram responsáveis pelos domicílios brasileiros, segundo o censo 2000. Fato que representa um aumento em relação ao ano de 1991, quando essa taxa era de 60,4%. Destaca-se, ainda, que 20% do contingente total dos domicílios brasileiros tinham idosos como os responsáveis em 1991, esse percentual era de 18,4%. (IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estudos & pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n.9. **Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000**. Rio de Janeiro, 2002, p.16). Acrescente-se que em 54,5 % (mais da metade) dos domicílios em que o responsável é o idoso, com ele reside pessoas na condição de filhos ou enteados. (IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estudos & pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n.9. **Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000**. Rio de Janeiro, 2002, p.18).

mental, mas abrange também a necessidade de se garantir a participação do idoso na vida social e familiar, bem como prever mecanismos de proteção dessa dignidade.⁶¹

Para se evitar o comprometimento de sua renda e até uma situação que seja ofensiva à sua dignidade, torna-se imperioso limitar a autonomia da pessoa idosa analfabeta. Frise-se, que a razão a legitimar a participação do Ministério Público nesta tentativa de esclarecimento do contratante não é a idade do indivíduo, mas a sua vulnerabilidade acentuada e a situação de risco a qual está exposto, pelo fato de não possuir a habilidade de ler e compreender o contrato escrito. O que se entende necessário é que esses esclarecimentos sejam feitos de forma preventiva, antes da realização do contrato de empréstimo, e sem que o consumidor idoso esteja na condição de devedor ou superendividado. Atualmente, constata-se que somente após o idoso analfabeto passar a ter os descontos nos seus proventos de aposentadoria é que se dirige ao promotor de justiça para buscar informações concretas sobre o contrato assinado. Portanto, infere-se que a atuação preventiva se relaciona diretamente com a eficácia do princípio da boa-fé objetiva, em suas facetas da transparência e lealdade.

Toda pessoa humana é sujeito de direitos⁶² e qualificada pela dignidade. Entretanto, pensando-se no idoso como sujeito de direitos, inserido na categoria de vulneráveis, há que se buscar um discrimen positivo justamente para garantir-lhes condições mínimas de sobrevivência digna.⁶³

Dessa forma, essa caracterização do idoso analfabeto, como sujeito vulnerável, nos impõe uma interpretação, um estudo e uma aplicação dos contratos de empréstimos, negócio jurídico bilateral e essencialmente oneroso, associados a outras leis esparsas protetivas do sujeito vulnerável que também integram o ordenamento jurídico.⁶⁴ Tampouco se pode descuidar da realidade constitucionalmente eleita pelo legislador constituinte.

⁶¹ HAPNER, op.cit., p.137.

⁶² Pedro Pais de Vasconcelos conclui que a personalidade representa uma qualidade: a qualidade de ser pessoa, esclarecendo que a tutela da personalidade humana apresenta uma vertente objetiva e outra faceta subjetiva. Pela primeira, cria-se um dever geral de agir perante os outros, constituindo obrigação do Estado e de cada pessoa respeitar a personalidade e a dignidade humana alheia com a tutela objetiva da personalidade. Por sua vez, a tutela subjetiva da personalidade é constituída pelo direito do titular da personalidade defendê-la como expressão da sua própria dignidade enquanto pessoa. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.39).

⁶³ BARBOZA, op.cit., 2008, p.64.

⁶⁴ Salienta José Geraldo Brito Filomeno: “No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.55).

O Direito Civil atual, marcado pela influência constitucional e, por conseguinte, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, precisa revisar as regras vigentes e aprimorá-las, no sentido de buscar a realização desse princípio e uma maior proteção do indivíduo. Há que se limitar a autonomia do idoso analfabeto, ancorado na sua vulnerabilidade técnica, a fim de que se possa efetivamente tutelar a sua existência com dignidade.

1.3.4. Técnica legislativa para proteção da dignidade da pessoa idosa

O legislador, ao enunciar uma norma, tem por finalidade incentivar ou reprimir um comportamento na sociedade. Dessa maneira, a simples previsão de uma norma jurídica já representa uma forma de proteção da pessoa, mesmo que mínima.⁶⁵ Por essa razão, há um acentuado número de regras, cujo fim é salvaguardar direitos e interesses de vulneráveis, na medida em que, ausentes tais dispositivos, a conduta esperada em prol do vulnerável dificilmente ocorreria.⁶⁶

Nesse contexto é que se vê como salutar o rompimento de velhos paradigmas para admitir a interferência do Estado na criação de regras que visem proteger sobretudo aqueles de vulnerabilidade acentuada, como o caso dos consumidores, trabalhadores e analfabetos.⁶⁷ Seguindo essa tendência, nota-se que a vulnerabilidade de alguns indivíduos justifica a redução de sua autonomia. É exatamente o que acontece com as crianças, com os adolescentes e com os consumidores; quanto mais vulnerável, maior pode ser a diminuição da sua autonomia, e com mais razão essa restrição deve se dar como forma de salvaguardar os seus interesses. Em relação ao idoso, vige a mesma ideia da proteção integral e especial dos seus interesses, entretanto essa situação merece maior aprofundamento.⁶⁸

A questão é que o idoso é plenamente capaz, diferentemente da criança e do adolescente. Portanto, limitar a sua autonomia unicamente com fundamento na idade não

⁶⁵ Esse é apenas o primeiro passo, mas a previsão sozinha não basta; é preciso trabalhar a eficácia da norma e sua realização na comunidade como forma de proteger um conjunto de pessoas.

⁶⁶ Essa intervenção legislativa do Estado Social é bastante comentada por Paulo Lôbo: “As normas jurídicas não cogentes já constituem, em grau menor, uma técnica legislativa de previsão de conteúdo e futuro de eficácia do negócio jurídico, tomando o lugar das manifestações de vontade que não foram feitas. O Estado social, todavia, intervém na ordem econômica privada para proteger a parte juridicamente vulnerável e evitar o abuso do poder negocial da outra, o que importa crescente utilização de normas cogentes (proibitivas ou imperativas), limitando o uso das normas dispositivas ou supletivas e a própria autonomia privada”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.166).

⁶⁷ Segundo Paulo Lôbo: “Na medida em que crescem o controle e a limitação estatais e sociais, reduz-se o espaço de autonomia”. (Ibid., p.170).

⁶⁸ Artigo 2º, da Lei nº10.741/2003: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

vai ao encontro da promoção da sua dignidade e inserção na comunidade, objetivos traçados na Constituição Federal brasileira de 1988. Assim, em relação ao idoso, é sempre preciso mais. Há que se constatar a situação de risco que lhe envolve e sua vulnerabilidade específica no caso em análise. É esse risco e essa vulnerabilidade acentuada que se evidencia na situação do idoso analfabeto pactuar contrato de crédito bancário, sozinho, sem auxílio de um terceiro desinteressado.

Ademais, tem se mostrado ineficaz para a proteção dos direitos patrimoniais e até mesmo existenciais dos idosos analfabetos, a tutela a eles destinada para declarar a nulidade de contratos de empréstimos com cláusulas abusivas ou com vícios no elemento da vontade, necessário à formação de todo contrato, bem como os resultantes de ausência ou escassez de informações.

A realidade mudou, e muito rapidamente. Por sua vez, o Direito não se adaptou na mesma velocidade das mudanças implantadas principalmente pela tecnologia. Contratos que, antes necessitavam da presença física do consumidor e do fornecedor, através da qual ambos conversavam e esclareciam suas dúvidas, hoje podem ser realizados em caixas eletrônicos e até mesmo pela *internet* com muita facilidade e pouca proteção/informação ao consumidor, sobretudo se esse for analfabeto.⁶⁹ Além da criação de novos modelos contratuais, acrescenta-se as diferentes maneiras encontradas pelo fornecedor para convencer o consumidor e o atual estilo de negociar, marcado pela velocidade da comunicação, despersonalização dos fornecedores e mercados transfronteiriços.⁷⁰

Pode-se até mesmo afirmar que parcela dos idosos alfabetizados e com nível superior de escolaridade não se sentem seguros no manuseio dessa tecnologia e não fazem

⁶⁹ Observa Silvia Fernandes Chaves: “Com efeito, a preocupação do jurista e operador do Direito é que os mesmos negócios que antigamente eram realizados entre presentes, agora, por meio da internet, são realizados entre ausentes e por uma massa de consumidores na maioria das vezes despreparada para esse tipo de contratação. Afinal, se a contratação de antigamente, que tinha a presença física dos contratantes, o olho no olho, o aperto de mão selando o negócio, já trazia muito desequilíbrio e insatisfação aos contratantes, o que se dirá de um contrato entre ausentes”. (CHAVES, Silvia Fernandes. *Op.cit.*, p.20-21). Nesses contratos a informação encontra-se ainda mais mitigada, como ressalta Raquel Luquin Bergareche: “En los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil, donde el desequilibrio informativo entre las partes es mayor y se acentúa la exigencia de una especial tutela o garantía de los derechos del consumidor frente a las nuevas técnicas de la moderna contratación que ofertan productos y servicios a través de Internet, televisión, catálogo, radio, o anuncios de prensa escrita o digital”. (BERGARECHE, Raquel Luquin. **El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 108).

⁷⁰ COSTA, Judith Martins. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 483-484. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 213.

uso de aplicativos de *smatphones* para realização de operações bancárias. Estão mais habituados com os caixas eletrônicos e têm medo de experimentar o novo. Nesses casos, constata-se que, em relação a esses idosos, mesmo sem vivenciarem uma situação de risco, são sim vulneráveis. O mesmo ocorre com os analfabetos. Em relação a esses, há um gravame, pois, mesmo que tenham vontade de realizar operações bancárias por meio de computadores, caixas eletrônicos e *smartphones* não conseguem fazê-las sozinhos; precisam sempre do auxílio de terceiro. Diferentemente dos idosos, que caso desejem aprender podem se tornar aptos a operar esses sistemas de tecnologia.

Assim é que a proteção dos direitos dos idosos analfabetos na realização de contratos de empréstimos reclama a existência de regras específicas face à vulnerabilidade acentuada desses sujeitos de direitos.⁷¹ A tutela diferenciada mostra-se necessária pela fragilidade dos sujeitos envolvidos, mas também diante da necessidade, de preservação de

⁷¹ Heloisa Helena Barboza atribui aos consumidores idosos a nomenclatura de vulnerados, aqueles que detém vulnerabilidade acentuada: “A tutela jurídica, para ser efetiva, deve dedicar aos que têm vulnerabilidade potencializada (vulnerados) proteção específica, que possa ser efetiva mesmo em face dos já reconhecidos como vulneráveis, como se verificou no caso dos consumidores idosos, devendo ser utilizada a técnica de ponderação de interesses, nas hipóteses de conflito”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.68). Essa vulnerabilidade acentuada do consumidor idoso é diuturnamente constatada nas promotorias de justiça. Fácil é encontrar diversas situações, nas quais o idoso é ludibriado sem grandes artifícios, como adiante se constata: “QUE recebe pensão vitalícia desde 1997; QUE desde então retira o dinheiro na agência do Banco do Brasil do centro de Picos; QUE desde 2000 percebe que vem ocorrendo descontos em sua conta; QUE estes descontos variam desde CDC até empréstimos consignados; QUE nunca fez empréstimos em sua conta; [...]; QUE está passando necessidades, pois não tem dinheiro em sua conta; QUE está prestes a ser despejada por não ter dinheiro para pagar aluguel; QUE não sabe como resolver seu problema, pois já é uma pessoa idosa e mora sozinha com sua irmã, que também é idosa e deficiente visual”. Termo de declaração de AMÉLIA DE SOUSA BARBOZA, referente à notícia de fato nº 000095-090/2015, 3ª Promotoria de Justiça de Picos do Ministério Público do Estado do Piauí, coletado em 18/03/2015. “QUE quando sua filha foi retirar o seu dinheiro da aposentadoria no dia 07 de julho de 2014 percebeu que tinha mais dinheiro do que o normal na sua conta, pois só recebe mensalmente o valor de R\$ 724,00 e tinha na conta o valor de R\$ 1.721,39; que sua filha estranhou e perguntou ao bancário porque tinha esse dinheiro a mais; que o bancário respondeu que poderia ser dinheiro acumulado de outros meses, pois sua mãe já era aposentada há muito tempo; que orientou sua filha a sacar R\$1.300,00; que sua filha pediu para verificar e ele disse que só poderia olhar no sistema se tivesse presente a idosa com todos os documentos desta; que no dia 10 de julho foi ao banco juntamente com sua filha e o bancário verificou que havia um empréstimo em seu nome através do banco BMG; que após isso foi ao BMG que fica atrás da agência do Banco do Brasil centro; que lá não sabiam resolver; que foi então ao INSS e lá lhe informaram que havia um empréstimo em seu nome no valor de R\$ 997,39 a ser pago em 60 parcelas de R\$ 30,62 até 2019 realizado em junho deste ano pelo banco Itau BMG; que Kátia (funcionária do INSS) perguntou se a idosa queria bloquear seu benefício para empréstimo para que isso não acontecesse mais; que a idosa autorizou o bloqueio; [...]” Termo de declaração de MARIA ANÍZIA GONÇALVES DE MOURA, referente à notícia de fato nº 000471-090/2015, 3ª Promotoria de Justiça de Picos do Ministério Público do Estado do Piauí, coletado em 11/07/2014. “QUE no dia 27/06/2015 (sábado) recebeu uma ligação do número (62) 9185-6901 de uma pessoa dizendo que era seu sobrinho José Eliomar; QUE esta pessoa pediu-lhe que depositasse R\$ 2.500,00 na conta 01300051262-5, agência 1009, pois estava com o carro quebrado; QUE após isso o idoso se dirigiu ao Caixa Aqui da farmácia do carvalho e depositou R\$ 1.500,00; QUE após o depósito ainda lhe ligaram pedindo que depositasse mais R\$ 1000,00 e que colocasse R\$ 50,00 de créditos no celular; QUE o idoso colocou R\$ 40,00 de crédito e disse para ele que não iria mais depositar, pois já estava desconfiando que era um golpe e porque não tinha mais dinheiro; QUE ao conversar com um amigo este lhe orientou a retornar à farmácia para pedir o estorno, pois este estava desconfiado de um golpe; QUE a funcionária da farmácia disse que não poderia fazer nada; QUE no dia 29/06/2015 (segunda-feira) se dirigiu a uma agência da caixa e o gerente conseguiu bloquear a conta; QUE o gerente lhe informou que o dinheiro não foi sacado e que para recuperá-lo precisa de uma ação judicial; QUE foi até a Delegacia fazer um Boletim de Ocorrência; QUE pede providências.” Termo de declaração de JUAREZ ALVES PEREIRA, referente à notícia de fato nº000367-090/2015, 3ª Promotoria de Justiça de Picos do Ministério Público do Estado do Piauí, coletado em 30-06-2015.

bens jurídicos, para os quais as tutelas condenatória e declaratória mostraram-se insuficientes ao longo do tempo.

Evitar o nascimento do conflito entre os consumidores idosos e analfabetos e os agentes financeiros e de lesões a bens jurídicos e, por conseguinte, diminuir a judicialização dos casos em que se busca a reparação desses danos é o que se pretende com a tutela cível preventiva. Essa tutela pode ser realizada judicialmente, por meio da tutela inibitória, mas principalmente sem a necessidade de se chegar ao Judiciário.

A tutela preventiva pode ser efetivada através de reuniões do promotor de justiça com grupos de idosos, com a comunidade e conselhos municipais de idosos, os quais podem funcionar como multiplicador de ideias. Ainda é possível pensar na realização de termos de ajustamento de conduta com as entidades bancárias, específicos para os idosos analfabetos, nos quais constem a necessidade de serem auxiliados por um promotor de justiça.

Nos termos de ajuste de conduta haveria uma cláusula obrigando os agentes financeiros a esclarecer o idoso analfabeto, por meio de um representante especialista em finanças, ou mesmo prevê a necessidade do consumidor idoso analfabeto procurar o Ministério Público para receber essas informações. Esses termos de ajustamento de conduta diminuiriam bastante o número de demandas que abarrotam o Judiciário e têm por objetivo anular contratos de empréstimos realizados especificamente com pessoas idosas e analfabetas desinformadas.

1.3.5. A tutela inibitória como a via da tutela judicial preventiva de defesa da dignidade da pessoa idosa

A necessidade de efetivação dos direitos impôs a busca de um meio (processo) que também trouxesse uma resposta adequada e efetiva. De fato, esse dever de tornar o direito efetivo, bem como o surgimento de novos direitos reaproximou o processo do direito material.⁷²

A efetiva proteção de direitos relacionados à pessoa foi determinante para a tutela preventiva galgar uma posição de destaque na doutrina jurídica brasileira. Isto porque,

⁷² BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos:** sindicato, associação, Ministério Público, entes não sindicais. São Paulo: LTr., 2013, p. 150-153; MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 1995, p.18-19; ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, a. 25, v.99, p.27-39, jul.-set., 2000, p.36; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, v.105, p.09-33, jan.-mar., 2002, p.12-14.

nas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade, além da tutela ressarcitória se mostrar ineficaz à prevenção de danos, também não é bastante para reparar aqueles que já ocorreram.⁷³ Os danos à vida, à integridade física e psíquica, à imagem e ao nome dificilmente alcançam uma reparação efetiva, já que os valores das indenizações obtidas nas demandas judiciais sequer se prestam para restabelecer o bem jurídico lesado.⁷⁴

Há que se pensar, portanto, em um modo de garantir que a pessoa idosa e analfabeta tenha o seu direito à informação, acerca das cláusulas contratuais, garantido, de modo a preservá-lo de lesões a seus direitos e até mesmo à sua dignidade.

Nesse cenário, a tutela inibitória surge e galga importância com o objetivo claro de impedir a ocorrência de danos aos direitos da personalidade e prevenir a ocorrência de ilícitos civis. Prova disso que o legislador civilista brasileiro, de forma expressa, trouxe sua previsão no artigo 12.⁷⁵ Esse mesmo artigo aborda nas expressões “ou a lesão” e “reclamar perdas e danos”, as tutelas reintegratórias e ressarcitórias, respectivamente. A primeira surge com a finalidade de apagar as consequências do ilícito e prescinde do aparecimento do dano. Já a tutela ressarcitória não dispensa o dano, já que o seu objetivo é repará-lo. Ambas se mostraram ineficazes à proteção dos direitos da personalidade, os quais reclamam do Poder Judiciário uma atuação preventiva de danos e com foco na efetividade do processo.

É preciso compreender que apesar de existir uma legislação específica protetiva da pessoa idosa ela não esgota todas as possibilidades de ofensa aos seus direitos. Dessa maneira, urge, privilegiar o nascimento de uma tutela preventiva de lesões aos direitos e garantias das pessoas idosas⁷⁶. Impõe-se a criação de meios que possam barrar as inúmeras

⁷³ Como bem lembra José Carlos Barbosa Moreira: “certas coisas, sabe-o bem o povo, não há dinheiro que pague”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** – a tutela específica do credor nas obrigações negativas. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.32).

⁷⁴ Adverte J. J. Calmon de Passos: “O que é editado para valer como direito deve ser institucionalizado de modo a possibilitar sua efetiva concretização na convivência social, sem o que se torna irrelevante ou disfuncional”. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.22).

⁷⁵ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 12: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Enfatiza Luiz Edson Fachin: “No caso dos direitos da personalidade, são diversos os mecanismos que, hoje, o sistema coloca à disposição para tutelá-los. Esses mecanismos, por sua vez, vão desde as cautelares e suas respectivas medidas até as próprias ações cominatórias e a indenização propriamente dita. Pode - se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, e reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.107).

⁷⁶ Paulo Lôbo enfatiza que as cláusulas abusivas em contratos de consumo atingem uma pluralidade de pessoas vulneráveis, razão pela qual se deve estimular a utilização de tutelas inibitórias, a fim de que se possa evitar a ocorrência do dano. (LÔBO, op.cit., 2013, p.166-167).

fraudes ocorridas constantemente nos empréstimos consignados realizados por pessoa idosa e analfabeta, objeto de inúmeras reclamações nas diversas promotorias do Brasil.

Idosos analfabetos têm seus direitos ao bom nome, imagem, honra, integridade psicológica e vida digna diuturnamente lesados através da realização de contratos de empréstimo com diversas cláusulas abusivas e das quais desconhece totalmente o seu teor.⁷⁷ Outras vezes, o consumidor idoso analfabeto sequer realiza uma operação de crédito bancário, mas a agência fraudula a assinatura digital em um contrato de empréstimo e renova o que já foi quitado.

Em relação aos contratos de crédito bancário, cujos beneficiados fossem idosos analfabetos, seria possível o ajuizamento de uma ação civil pública, de cunho preventivo, para evitar a ocorrência de danos a esse grupo de pessoas. No pedido, o promotor de justiça, valendo-se da tutela inibitória, requer que todos os contratos de empréstimo realizados por idosos analfabetos apenas sejam concretizados com a sua efetiva informação, seja através da participação do Ministério Público ou de um assistente do próprio banco, a fim de que “cesse a ameaça de lesão” a esses sujeitos de direito, sob pena de aplicação de multa ou outras medidas coercitivas e sub-rogatórias.⁷⁸

1.3.6. O cuidado ao idoso como princípio jurídico e a preservação de sua autonomia nos contratos de mútuo bancário

Definir o cuidado é o primeiro passo para se estabelecer a dimensão e a abrangência desse princípio jurídico. Partindo de sua terminologia, nota-se que ela é indiciária do seu conteúdo. Assim, derivada do latim “cura” e “cogitatus”, assume o significado de atenção, preocupação,⁷⁹ numa perspectiva ampla, na medida em que não se restringe ao atendimento de necessidades materiais como moradia, alimentos e educação.

⁷⁷ Nesse ponto, ressalte-se que, a situação de vulnerabilidade do consumidor é ainda mais agravada nas contratações eletrônicas, como ressalta Silvia Fernandes Chaves: “O grande problema que encontramos nessas contratações eletrônicas, cuja vulnerabilidade do consumidor é ainda mais evidente, é que o consumidor manifesta a sua vontade por meio de cliques rápidos, não podendo refletir sobre a proposta ou oferta, contratando cláusulas abusivas e enganosidades”. (CHAVES, Silvia Fernandes. Op.cit., p.88).

⁷⁸ As medidas coercitivas e sub-rogatórias são técnicas que visam se alcançar o adimplemento específico de uma obrigação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro. Através das medidas coercitivas, o devedor é “incentivado” ao cumprimento da obrigação; por sua vez, as medidas sub-rogatórias conferem ao magistrado poderes para proporcionar ao vencedor da demanda o resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo pelo devedor, independentemente de sua atuação.

⁷⁹ Assim elucida Roberta Tupinambá: “Com relação à terminologia do cuidado, muitos estudiosos entendem que esta palavra é derivada do latim-‘cura’. Outros afirmam que advém de *cogitare – cogitatus*, cujo sentido é o mesmo de ‘cura’ – mostrar interesse, ter atenção, atitude de desvelo, preocupação, bom trato”. (TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.362).

Representa a constatação de que o ser humano não está completo com a satisfação dessas questões. Exige mais, pois apresenta necessidades de ordem psicológicas e subjetivas, quais sejam, afeto, atenção, zelo e dedicação.

Por sua vez, através da sua dimensão afetiva-antropológica, associa-se o cuidado primeiramente à afeição para com o outro, seguida da preocupação.⁸⁰ Há, pois, nesse princípio uma relação entre aquele que cuida, que tem afeição e preocupação, e quem é cuidado.

Partindo desse substrato, cuidado e afeto são valores que, na maior parte das vezes, estão imbricados.⁸¹ Entretanto, em outros momentos, o sistema jurídico, atento que muitas vezes pode faltar afeto, impõe, mesmo nessas hipóteses, o zelo para com o ente familiar, como questão de realização dos valores justiça e solidariedade.⁸²

É certo que o cuidado impõe um como agir, regras de como se comportar diante do outro, de respeito, de desvelo, de atenção e de não abandono. Vê-se, pois, que tem elevado conteúdo moral/ético e implica um conjunto de deveres acessórios impostos aos que têm o dever de cuidar. Atente-se que, em relação à pessoa idosa, não é raro acontecer que aqueles que têm o dever de zelar por eles serem os seus maiores causadores de violência.

Está, pois, o cuidado implícito no princípio da dignidade da pessoa humana⁸³ e recria este princípio.⁸⁴ Vale destacar, portanto, que o cuidado representa a atenção para com o outro, o desvelo, a preocupação que permite o envelhecimento ativo e com dignidade.⁸⁵

⁸⁰ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.7-8.

⁸¹ Leonardo Boff demonstra essa relação: “O órgão do cuidado é o afeto, o sentimento profundo, o *pathos* no sentido da capacidade afetar e ser afetado. Aquilo que pelos gregos e em seu seguimento pelos modernos era colocado como suspeito e considerado perigoso (o caráter desordenado e impulsivo das paixões) a ponto de ser logo submetido ao freio da razão, ganha aqui centralidade”. (Ibid., p.8).

⁸² Essa relação entre cuidado, solidariedade e justiça está impregnada em Leonardo Boff: “A ética do cuidado completa a ética da justiça. Elas não se opõem, mas se compõem na construção de uma convivência humana fecunda, dinâmica, sempre aberta a novas relações e carregada de sentimento de solidariedade, afetividade e, no termo, de amorosidade”. (Ibid., p.10).

⁸³ O cuidado como dimensão da dignidade, como aspecto do seu conteúdo é revelado por Roberta Tupinambá: “Trata-se, em verdade, de um novo campo de compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual o cuidado se revela, inicialmente, verdadeiro subprincípio dentro da sistemática jurídica atual, sendo compreendido, finalmente, como um princípio implícito ao da dignidade da pessoa humana”. (TUPINAMBÁ, op.cit., p.361).

⁸⁴ Ibid., p.364.

“Nesse contexto, notadamente, emerge o cuidado como valor jurídico e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico. E mais. A abordagem do cuidado como princípio jurídico atende à valorização preponderante do homem, face aos demais seres e coisas, culminando-se no entendimento de que o homem é o valor originário de todos os demais valores, que seriam, portanto, valores derivados”. (Ibid., p.357).

⁸⁵ Heloisa Helena Barboza ressalta a importância do cuidado para o processo de envelhecimento: “Tanto ou mais importante do que a solidariedade, o cuidado emerge como valor que assegura, em toda sua dimensão, o livre exercício do direito ao envelhecimento”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.70).

O cuidado com a pessoa idosa, aplicado como princípio jurídico, importa em maior proteção desse sujeito, um valor a ser perseguido pela família, pela comunidade e pelo Estado, já que a ordem jurídica é incapaz de prever todas as possíveis situações ofensivas aos direitos dos idosos. Diante dessa impossibilidade de as regras enunciarem todas as hipóteses de violação dos bens e valores, o uso dos princípios e de regras com cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados conferem maior justiça às decisões e eleva as garantias e proteção aos indivíduos, na medida em que permite uma decisão ancorada nos valores perseguidos pela sociedade. Com o princípio do cuidado e do melhor interesse dos idosos são minimizados os riscos aos quais estão expostos e se confere uma tutela preventiva, no sentido de priorizar políticas públicas a eles voltadas.

Certo de que as regras existentes não resolvem todos os casos postos à análise dos tribunais, há que se estudar e estabelecer a abrangência do cuidado, princípio jurídico aplicado ao idoso.⁸⁶ Como princípio, sua repercussão irradia por todos os institutos e regras jurídicas, mas importa a este trabalho analisar sua incidência na relação contratual de empréstimo bancário com idoso analfabeto.⁸⁷

A necessidade de agir com lealdade, transparência e respeito em relação ao contratante, aproxima o princípio da boa-fé objetiva ao princípio do cuidado.⁸⁸ É a atenção para com o sujeito vulnerável, a necessidade de esclarecer as cláusulas do contrato, de ser leal e transparente que materializa o cuidado na relação contratual. Em suma, é o cuidado que traduz a maneira de se pautar em relação ao outro e do que esperar deste em uma relação jurídica.⁸⁹

⁸⁶ TUPINAMBÁ, *op.cit.*, p.358.

⁸⁷ “No âmbito dos contratos, verifica-se a superação de princípios como o da sua força obrigatória, superando-se a tônica voluntarista, para se admitir a intervenção judicial a fim de reequilibrar as prestações e afastar a onerosidade excessiva. Os deveres acessórios vinculados ao princípio da boa-fé objetiva são, de alguma forma, expressão do dever de cuidado em relação ao outro contratante”. (HAPNER, *op.cit.*, p.127).

⁸⁸ “Tendo em vista que todo o ordenamento jurídico brasileiro está inspirado em valores como a lealdade, a honestidade e a confiança, sobretudo no tocante ao cumprimento das obrigações cíveis, a boa-fé, se analisada historicamente, abre uma porta, ou melhor, abre um precedente para a aceitação do cuidado como princípio jurídico”. (TUPINAMBÁ, *op.cit.*, p.367).

⁸⁹ Ver em Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. Publicação: 27/08/2010. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.223.418 – SP (2009/0166653-1). RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. DECISÃO. Trata-se de agravo de instrumento interposto por UNIMED Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão que inadmitiu o recurso especial com base nos seguintes fundamentos: a) não são examinados, em recurso especial, dispositivos constitucionais; b) não houve demonstração de violação dos artigos apontados. Alega a parte agravante, em síntese, que o recurso especial atendeu os seus pressupostos de admissibilidade, razão pela qual requer o seu processamento. É o relatório. Decido. O recurso especial foi interposto contra acórdão assim ementado: "PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA PARA TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO – ABUSIVIDADE, PORQUANTO NEGAR-SE COBERTURA A TAL PROCEDIMENTO IMPLICARIA NA NEGAÇÃO DA CONTINUIDADE DA VIDA E DA SAÚDE, DEIXANDO O PRESTADOR DE SERVIÇOS DE ATUAR COM O CUIDADO PRÓPRIO À SUA ATIVIDADE, ESPECIALMENTE EM FUNÇÃO DA NATUREZA A ELA CORRESPONDENTE, O QUE TEM A VER COM A PRÓPRIA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O QUANTO DELA RESULTA, COMO CLÁUSULA CONSTITUCIONAL. NO TOCANTE AO CONVENIADO, ESPECIALMENTE QUANDO SE CONSIDERA SER ESSA UMA DAS FORMAS PELA QUAL

Assim é que a criação de normas protetivas dirigidas ao vulnerável, apesar de em parte limitarem a autonomia do idoso analfabeto, é expressão do cuidado do legislador. A criação de algumas exigências nos contratos de empréstimos bancários, necessárias para o idoso analfabeto concretizá-lo, é um dos conteúdos que esse princípio pode assumir. Pode-se colocar a participação do Ministério Público como indispensável ao esclarecimento do idoso analfabeto, no momento anterior a assinatura do contrato.

Nas contratações eletrônicas, a vulnerabilidade do idoso torna-se ainda mais evidente.⁹⁰ O consumidor idoso analfabeto, atualmente, pode realizar contratações de empréstimos bancários, com ou sem o auxílio de um terceiro, no caixa eletrônico,

O PRINCÍPIO DO CUIDADO, EM MAIS DE UMA DE SUAS MÚLTIPLAS FACETAS, ACABA POR SE MANIFESTAR, COMO REAFIRMAÇÃO DO QUANTO SE VEM A RESPEITO DELE AFIRMANDO, NO SENTIDO DE CARACTERIZAR VERDADEIRA INSTITUIÇÃO JURÍDICA E QUE ACABA POR INTEGRAR INÚMERAS CIRCUNSTÂNCIAS DAS RELAÇÕES ENTRE OS CIDADÃOS E DO ESTADO PARA COM ELES – NESSA MOLDURA ESTÃO ENVOLVIDOS ASPECTOS VARIADOS E QUE TANTO PERTINEM À MANEIRA COMO SE CONDUZEM OS PARTICIPANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA, QUANTO À FORMA COMO O ESTADO REAGE AO SER PROVOCADO EM FUNÇÃO DA NECESSIDADE DE INTERVIR PARA ESTABELECEER O EQUILÍBRIO NECESSÁRIO E INDICAR QUAL A RESPONSABILIDADE ATRIBUÍVEL A CADA QUAL DAS PARTES, NA ESFERA DE ATRIBUIÇÕES QUE LHE CONCERNEM EM DADA SITUAÇÃO DA VIDA, FÁTICA OU JURÍDICA, PRINCIPALMENTE QUANTO SEJA PRECISO A INTERVENÇÃO DO PARTICULAR – NO CASO O CONVÊNIO MÉDICO – PARA SUPRIR AQUILO QUE O PODER PÚBLICO NÃO TEM CONDIÇÃO DE OFERECER NA PROMOÇÃO DO BEM COMUM OU DE TODOS OS CIDADÃOS (CF. ARTIGO 3º, IV) – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO E RECURSO IMPROVIDO" (fl. 78). Busca demonstrar a parte recorrente divergência jurisprudencial e violação dos seguintes artigos: a) 2º, §§2º e 6º, da LICC, visto que não se aplica a Lei nº9.656/98 aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência sob pena de violação de ato jurídico perfeito; e b) 35 e §1º da Lei nº9.656/98, ao não ter o contratante se adaptado às regras da legislação quando lhe foi dada a oportunidade. Passo à análise das questões suscitadas. I – Migração de plano de saúde. Refoge da competência do STJ a análise de suposta ofensa ao artigo 6º da LICC, tendo em vista que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios ali inscritos, quais sejam, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, adquiriram feição eminentemente constitucional, insuscetível de exame na estreita via do nobre apelo. Outrossim, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que, embora o CDC não retroaja para alcançar os efeitos de contratos celebrados anteriormente à sua vigência, o contrato em questão é de trato sucessivo e, portanto, a legislação consumerista regula os efeitos presentes do contrato porque renovado durante a sua vigência. Além disso, o STJ proclama que é abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura a colocação de stent, quando este é necessário para o sucesso da cirurgia. [...] – As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei nº9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. – Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. – Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova. – A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. – O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. – É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de 'stent', quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Recurso especial a que se dá parcial provimento." (Terceira Turma, REsp nº735.168/RJ, Rel. Min.Nancy Andrighi, DJe de 26-3-2008.)

⁹⁰ Nesse sentido, Silvia Fernandes Chaves: "[...] uma situação de hipervulnerabilidade é encontrada nos casos em que um dos contratantes é idoso ou criança. Nesse caso, não há só a dificuldade com a realidade virtual, mas também uma dificuldade nos negócios pessoais?". (CHAVES, Silvia Fernandes. Op. Cit., p.86).

telemarketing, ou até mesmo pela internet, não existindo, em alguns desses casos, contato com o agente financeiro, forma escrita ou a entrega do instrumento contratual.⁹¹

Atente-se para o fato de que como o princípio jurídico tem força normativa, o cuidado passa a ser exigido da outra parte da relação, seja no âmbito contratual ou familiar. Em regra, o cuidado vem com o afeto e, por essa razão, na maioria das vezes é espontâneo.⁹² Na hipótese de não cumprimento espontâneo dos deveres de cuidado, esse deve ser indenizado.⁹³ E assim chega o cuidado, como valor passível de exigibilidade, aos tribunais brasileiros. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial (Resp) 1.159.242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012, materializou o princípio do cuidado nas relações familiares.

O cuidado para com o idoso chega aos tribunais geralmente quando se questiona a administração do seu patrimônio, a necessidade de alimentos dispensados pelos filhos, o aumento das tarifas dos planos de saúde e seu acesso ao transporte coletivo. Mas o cuidado ao idoso não deve estar restrito a essas questões. Como bem ressalta Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner, com o aumento da expectativa de vida, novas questões chegarão aos tribunais brasileiros.⁹⁴

⁹¹ Na Espanha, a nova lei 16/2011, de 24 de junho, denominada por Ley de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC) aborda especificamente os contratos de crédito de consumo e, em seu artigo 16, impõe o caráter obrigatório da forma escrita e do recebimento de um exemplar do contrato pelas partes. Essa lei incorpora ao ordenamento jurídico espanhol a diretiva 2008/48/CE do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa aos contratos de crédito e consumo e derroga a lei 7/1995, de 23 de março, referente aos créditos de consumo. Raquel Luquin Bergareche expõe: “A continuación, el art. 16 LCCC establece que ‘todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito’. En el caso de que se incumpliera este deber, la consecuencia no sería la nulidad, ni siquiera la anulabilidad, del contrato sino la aplicación del art. 1279 CC, que faculta a las partes a compelerse recíprocamente a la entrega de ejemplares y copias del contrato, ello con independencia de las sanciones administrativas a que hubiere lugar y sin perjuicio de la posible responsabilidad por los daños y perjuicios originados a una parte por la negativa de otra [...] la LCCC establece con carácter obligatorio la forma escrita como un requisito *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, no meramente *ad probationem*. Esta consideración no se desvirtúa por el hecho de haber optado el legislador por la sanción de anulabilidad”. (BERGARECHE, op.cit., p. 129-130). Frederico Eduardo Zenedin Glitz pontua: “Não há, portanto, contato físico ou oral entre as partes que negociam. Esta é uma característica fundamental deste novo comércio. A impessoalidade é a marca registrada do contrato ‘virtual’”. (GLITZ, op.cit., p. 217).

⁹² A espontaneidade do cuidado e o seu imbricamento com o afeto é objeto de descrição por Leonardo Boff: “Não é, pois, aduzindo mais e mais argumentos que convencemos alguém a agir em conformidade com a ética, mas desenvolvendo nele as habilidades, atitudes e o desejo de cuidar dos outros e das relações e de ser cuidado. Esta disposição de manter relações de cuidado não constituem o termo de um argumento racional mas revelam a existência de um sentimento e de uma afeição. U’a mãe não raciocina para cuidar de seu bebê, o faz afetivamente sem raciocinar. Ela simplesmente cuida. Isso não significa que a razão seja dispensada do cuidado. Para que o cuidado seja efetivo, ele precisa vir acompanhado de racionalidade. Mas seu nascedouro não reside na razão, mas no afeto”. (BOFF, Leonardo. Op.cit., 2008, p.9).

⁹³ Entretanto a espontaneidade do cuidado não pode ser argumento para eximir os sujeitos obrigados de fazê-lo. Dessa forma, na ausência do caráter espontâneo, os tribunais obrigam ao cuidado, como adverte Roberta Tupinambá: “O cuidado deve apontar deveres e delimitar direitos, evidenciando uma maior dinâmica em todas as relações jurídicas. E por quê não se cogitar a hipótese de violação do cuidado como ato gerador de prejuízos indenizáveis? Essa deveria ser a orientação contemporânea”. (TUPINAMBÁ, op.cit., p.367).

⁹⁴ Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner salienta sobre o surgimento de novas questões que chegarão aos Tribunais, como consequência do crescimento da população idosa, mas também decorrentes das suas atuais necessidades: “Entretanto, em razão do crescimento de expectativa de vida dos idosos, as necessidades específicas sofreram ampliações e modificações. Por tal motivo, é importante levar em conta a necessidade de se realizarem, constantemente, novas reflexões

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, ancorado na hipervulnerabilidade do idoso analfabeto, traz reiteradamente a necessidade do contrato de empréstimo com esses sujeitos ser realizado por escritura pública ou procurador constituído para esse fim.⁹⁵ Trata-se de mais uma dimensão do princípio do cuidado para com a pessoa idosa analfabeta, aplicada às relações contratuais.

1.4. O conceito de analfabeto e sua caracterização no sistema jurídico brasileiro

O termo analfabeto deriva do latim *analphabetu* e refere-se ao indivíduo que não conhece nem o alfa nem o beta; que desconhece o alfabeto; e que não sabe ler e escrever.⁹⁶

Observa-se que, em alguns casos, a pessoa até consegue desenhar o seu nome, mas não tem aptidão para ler e compreender o que está escrito ou escrever outras palavras. Essas pessoas aprenderam apenas a decalcar o seu nome com a única finalidade de preencher um aspecto formal muitas vezes exigido pela legislação brasileira⁹⁷.

É no direito eleitoral que mais se discute a conceituação e as hipóteses abarcadas pelo analfabetismo, em razão da inelegibilidade absoluta trazida pelo artigo 14, § 4º, da Constituição Federal brasileira de 1988. O Tribunal Superior Eleitoral em diversas decisões firmou o entendimento, segundo o qual a declaração do próprio punho, firmada na presença do magistrado ou serventuário da justiça, pode suprir o comprovante de escolaridade.⁹⁸ Mas também, esse mesmo Tribunal segue a linha de que não basta saber

sobre o tema pois o STJ ainda não apreciou questões fundadas no cuidado com o idoso, compreendido como uma pessoa titular de uma situação especial”. (HAPNER, op.cit., p.139).

⁹⁵ Apelação Cível nº201200010051307. J.09-12-2015. 3ª Câmara Especializada Cível. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. CONSUMIDORA ANALFABETA E IDOSA. HIPERVULNERABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NECESSIDADE DE CELEBRAÇÃO POR ESCRITURA PÚBLICA OU POR PROCURADOR CONSTITUÍDO PARA ESSE FIM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES DESCONTADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc;>. Acesso em: 10 jan.2016).

⁹⁶ FERREIRA, op.cit., p. 130. Para Ney Moura Teles, os analfabetos são os que “não sabem compreender as comunicações escritas, nem se expressarem, por escrito, na língua pátria, ainda que rudimentarmente”. (TELES, Ney Moura. **Novo direito eleitoral**: teoria e prática. Brasília: LGE Ed., 2002. p. 58).

⁹⁷ De acordo com a redação do art. 221, § 1º, da lei 6015/73 se o indivíduo souber assinar dispensa-se a impressão datiloscópica acompanhada da assinatura de duas testemunhas: “Serão registrados os contratos e termos mencionados no inciso V do *caput* assinados a rogo com a impressão dactiloscópica do beneficiário, quando este for analfabeto ou não puder assinar, acompanhados da assinatura de 2 (duas) testemunhas”.

⁹⁸ “Inelegibilidade. Analfabetismo. 1. A jurisprudência do TSE é iterativa no sentido de que a declaração de próprio punho, utilizada para suprir o comprovante de escolaridade, deve ser firmada na presença do juiz eleitoral ou de servidor do cartório eleitoral por ele designado. 2. Havendo dúvida quanto à condição de alfabetização do candidato e quanto à idoneidade do comprovante por ele apresentado, o juízo eleitoral pode realizar teste, de forma individual e reservada, nos termos do art. 27, § 8º, da Res.-TSE nº 23.373/2011.3. O não comparecimento do candidato ao teste de alfabetização, embora regularmente intimado, inviabiliza a aferição da sua condição de alfabetizado. Precedente: Agravo Regimental no Recurso

assinar o nome para ser considerado semialfabetizado.⁹⁹ Isto porque, muitas vezes, esses indivíduos estão longe de compreenderem ou conseguirem ler o que assinaram ou aprenderam a copiar.

Nesse contexto, é importante a noção do que os tribunais brasileiros têm entendido como semialfabetizado, ou seja, aquele indivíduo que, mesmo de forma rudimentar, consegue entender e manejar a linguagem escrita. Interessante notar que saber copiar um texto é para o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina suficiente para o candidato ser considerado semialfabetizado e elegível.¹⁰⁰ De acordo com a interpretação do texto constitucional pelos Tribunais Regionais Eleitorais brasileiros, o candidato para ser considerado inelegível deve ser analfabeto, o semialfabetizado não é alcançado pela vedação constitucional de inelegibilidade.¹⁰¹

Por sua vez, o analfabetismo funcional consiste na incapacidade de extrair o sentido das palavras e expor idéias através da escrita. No Brasil, estabeleceu-se um critério objetivo para se considerar a pessoa como analfabeto funcional. Segundo esse critério, o indivíduo maior de 20 anos e com menos de 4 (quatro) anos de estudo formal é considerado analfabeto funcional.¹⁰² Mas o critério que estabelece o conceito é variável; conforme o país pode-se exigir mais anos de escolaridade.

Especial Eleitoral nº 23-75, rel. Min. Arnaldo Versiani, de 27.9.2012. 4. Agravo regimental não provido”. (Ac. de 13.11.2012 no AgR-REspe nº 12767, rel. Min. Luciana Lóssio.). “[...]Registro de candidatura. [...] Deputado estadual. Alfabetização. Ausência de comprovação. Não provimento. 1. Na ausência de comprovante de escolaridade, é facultado ao candidato firmar declaração de próprio punho na presença do Juiz Eleitoral ou de servidor do Cartório Eleitoral. [...] 2. Na espécie, todavia, o agravante apresentou declaração digitada e, posteriormente, anexou às razões do recurso ordinário nova declaração firmada sem a presença do Juiz Eleitoral ou de serventuário do Cartório Eleitoral. [...]”(Ac. de 29.9.2010 no AgR-RO nº 431763, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.)

⁹⁹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REGISTRO DE CANDIDATO. ANALFABETISMO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. Confissão do candidato, em audiência reservada, de sua condição de analfabeto. A assinatura em documentos é insuficiente para provar a condição de semi-alfabetizado do candidato. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 21732, TSE/MG, Mamonas, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. j. 19.09.2004, unânime).

¹⁰⁰ RECURSO - REGISTRO DE CANDIDATURA - ALFABETIZAÇÃO - AVALIAÇÃO - CÓPIA DE TEXTO EM LETRA CURSIVA QUE, EMBORA RUDIMENTAR, INDICA ENTENDIMENTO E MANEJO DA LINGUAGEM ESCRITA - CONDIÇÃO DE SEMI-ALFABETIZADO - AUSÊNCIA DE INELEGIBILIDADE - PROVIMENTO. O candidato que em teste de avaliação consegue copiar texto com letra cursiva, demonstrando entendimento e manejo da linguagem escrita, embora de forma rudimentar, não deve ser considerado analfabeto, para os fins do art. 14, § 4º, da Constituição Federal. (Recurso contra Decisões de Juízes Eleitorais nº 291 (22534), TRE/SC, Rel. Volnei Celso Tomazini. j. 25.08.2008, unânime).

¹⁰¹ RECURSO ELEITORAL EM REGISTRO DE CANDIDATURA. [...] RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. O que impede a candidatura é o analfabetismo, conceito extremo que não abrange os semi-alfabetizados. [...] (Recurso Eleitoral nº 910 (5795), TRE/MS, Rel. André Luiz Borges Netto. j. 27.08.2008, unânime).

¹⁰² MENEZES, Ebenezzer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete analfabetismo funcional. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - Educabrasil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrasil.com.br/analfabetismo-funcional/>>. Acesso em: 29 de jun. 2016.

1.4.1. A vulnerabilidade do analfabeto

No contexto da relação de consumo, a pessoa que desconhece a escrita e a leitura tem uma vulnerabilidade mais acentuada do que aquele consumidor com maior grau de escolaridade. ¹⁰³Observa-se, na prática, que quanto menor o grau de instrução mais o indivíduo está sujeito a ser enganado, a contratar com fornecedores sem credibilidade e acreditar, sem qualquer filtro, nas publicidades dos produtos e serviços.

A pouca escolaridade determina uma deficiência de informação e incrementa a vulnerabilidade. Essa carência de informação, causada pelo analfabetismo, precisa ser suprida pelo fornecedor na relação consumerista. O dever de supri-la é pois do fornecedor, pois a ele cabe o dever de agir com lealdade e boa-fé. Entratanto, esse dever não vem sendo efetivado na prática, o que se observa são pessoas de baixa escolaridade realizando compras de produtos e contratando serviços sem o mínimo de informação. Esse fato é ainda mais agravado se o indivíduo além de ser consumidor analfabeto é ainda idoso. ¹⁰⁴

Acresça-se que não se deve imputar ao analfabeto a vulnerabilidade apenas no que toca à deficiência de informação. A vulnerabilidade técnica, jurídica e fática, na grande maioria das hipóteses, estarão presentes quando se trata de uma relação de consumo com uma pessoa analfabeta consumidora. Esse conjunto, com maior ênfase, será constatado nas relações consumeristas bancárias, cujo consumidor seja um indivíduo idoso e analfabeto. A pesquisa “O idoso frente ao empréstimo consignado”, desenvolvida pelo professor Johannes Doll, em conjunto com a fundação Procon de São Paulo e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, concluiu que 66% (sessenta e seis por cento) dos entrevistados eram idosos considerados analfabetos funcionais e não tinham noção exata do contrato firmado demonstrando a sua vulnerabilidade e a necessidade de criação de uma proteção especial. ¹⁰⁵

¹⁰³ “O consumidor brasileiro, em geral, caracteriza-se por não deter nível de escolaridade extenso, podendo ser, inclusive, analfabeto, ou simplesmente possuir conhecimentos limitados. E essa carência manifesta-se também nas transações comerciais, deflagrando escolha de produtos de qualidade duvidosa, ou pela eleição de maus fornecedores como parceiros contratuais” (SCHMITT, op.cit., p. 216).

¹⁰⁴ Segundo Cristiano Heineck Schmitt: “Nesse passo, há que se exigir deveres de informação de cunho estritamente cooperativo, que supram, com eficiência, o déficit informacional que recai sobre determinados idosos. Uma parcela considerável desses idosos, em países como o Brasil, detém uma vulnerabilidade extremada pelo fato de serem analfabetos”. (Ibid., p. 165).

¹⁰⁵ Averte Cristiano Heineck Schmitt ao analisar a pesquisa “O idoso frente ao empréstimo consignado”: “Ao nosso ver, em vez de promoção para esta linha de acessibilidade de consumo, deveria subsistir uma preocupação intensificada sobre a qualidade de informação passada aos pretensos tomadores de crédito, de forma que não acabem superendividados, vendo o benefício de aposentadoria, ou da pensão, consumido ao longo de cinco anos, ou mais, tudo isso em prol da quitação de valores obtidos”. (Ibid., p. 139-140).

1.4.2. A vulnerabilidade do analfabeto e os meios de contratação eletrônica

Atualmente, as contratações eletrônicas crescem em volume comercializado e número de operações. É uma realidade que a cada dia mais se faz presente no cotidiano de parte dos brasileiros. Mas essa realidade não é de todos, há quem não se sinta vontade em realizar operações eletrônicas, seja para compras ou simplesmente para movimentações financeiras.

É sabido que as pessoas idosas e os analfabetos são os que apresentam maior resistência para incorporar as novas tecnologias. Mas essa característica não é exclusividade desses grupos, apenas se revelam incidência mais elevada nesses indivíduos. Há pessoas adultas, com um grau de escolaridade avançado, que não se sentem seguras no manejo dos meios eletrônicos, sobretudo para a aquisição de produtos em *sites* de *internet*. Elas recebem a denominação de “analfabeto cibernético e excluído digital”¹⁰⁶ ou ainda analfabeto tecnológico, mas atente-se que, necessariamente, não se encaixam no conceito tradicional de analfabeto.

Interessante notar que se a informação chega deturpada, má compreendida, ou simplesmente não chega ao consumidor idoso analfabeto, em si tratando de uma contratação de crédito bancário, por meio eletrônico, na qual esse consumidor se vale de terceiro para operar o caixa eletrônico ou a *internet*, a vulnerabilidade chega a um grau máximo.¹⁰⁷ Não só por utilizar terceiro para realizar a operação de crédito bancário, mas, sobretudo, por não ter qualquer instrumento contratual escrito¹⁰⁸, a informação seja ainda mais sucinta e a propaganda sub-reptícia.

Impõe-se a criação de regras próprias que garantam esse conhecimento prévio do que se está contratando. Por certo não é correto impedir que o analfabeto contrate pelos meios eletrônicos, mas o risco é do fornecedor.¹⁰⁹ Essa solução, entretanto, não se apresenta

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

¹⁰⁷ “Além do reconhecimento da igualdade formal, é inafastável a adoção de mecanismos que promovam a isonomia material, inclusive entre ricos e pobres, cultos e analfabetos e, especificamente, entre sãos e doentes. [...]. Por certo, a internet ocasionou alterações substanciais ao ser humano e, no que tange ao comércio, tende a consolidar-se como o principal meio pelo qual transcorrerão as relações contratuais de um futuro próximo. Contudo, as antigas gerações, bem como os indivíduos com reduzido patamar educacional-informativo, não participam desse processo, vindo a compor conjuntos com vulnerabilidade agravada”. (SCHMITT, op.cit., p. 226).

¹⁰⁸ Sobre a ausência de instrumento contratual escrito nas contratações eletrônicas, Claudia Lima Marques faz uma proposta de *lege ferenda*, pela qual o fornecedor deve, ao concretizar um contrato por meio eletrônico, confirmar ao consumidor através de protocolo de recebimento e disponibilizar o texto do contrato gerado nessa relação jurídica de consumo. (MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., 2004, p. 299-300).

¹⁰⁹ “O risco de provar o arrependimento eletrônico, na minha opinião, é do fornecedor, apesar da declaração de vontade ter sido do consumidor, pois ‘cujus commodum, ejus periculum!’. Aquele que se utiliza de meios eletrônicos à distância para contratar, tem que estar preparado para o erro ou desistência do consumidor”. (MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., 2004, p.146).

como adequada à uma tutela preventiva da lesão ao consumidor idoso e analfabeto, pois, nesse caso, se está falando de tutelas reintegratória e ressarcitória.

No Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, que modifica o Código de Defesa do Consumidor, para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I, do Título I, desta lei e dispor sobre o comércio eletrônico. Logo em seu artigo 45-A enfatiza a necessidade de diminuir a assimetria de informações e de fortalecer a confiança no comércio eletrônico, trazendo ainda no artigo 45-E a necessidade expressa de instrumento contratual escrito.¹¹⁰Entretanto, inexistem nesse Projeto de Lei dispositivos específicos sobre a contratação eletrônica por pessoa idosa e/ou analfabeta.

1.5. A vulnerabilidade acentuada do consumidor idoso e analfabeto

O idoso, assim como o consumidor, a criança e o adolescente recebem do legislador uma atenção diferenciada, através da qual é criada uma proteção especial visando a tutela da dignidade da pessoa humana.¹¹¹Têm em comum, além da forte intervenção do Estado, através da regulamentação legal mais detalhada, a limitação da autonomia privada em razão da sua vulnerabilidade. Entretanto, apesar de existirem pontos de conversão, há diferenças notórias entre a criança e o adolescente e o idoso que importa na distinção da vulnerabilidade a eles aplicada.

¹¹⁰ Art. 45-A. “Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”.

Art. 45-E. “Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: I - em momento prévio à contratação, o contrato, em língua portuguesa, em linguagem acessível e com fácil visualização em sua página; II - confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta; III - via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais e que permita sua fácil reprodução; IV - formulário, ou link para formulário, facilitado e específico para preenchimento pelo consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 29/06/2016.

¹¹¹ BARBOZA, op.cit., 2008, p.65. Afirma Maria Berenice Dias: “Crianças e idosos encontram-se em pólos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela diferenciada”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 373). O fato de ser idoso não lhe retira a condição de ser consumidor e, como tal, lhe deve ser aplicado o foro privilegiado, como esclarece Giovanni Franchi: “E proprio in questo senso si è espresso il Tribunale di Bergamo con una recentissima sentenza del 12 novembre 2015, con la quale ha dichiarato l’incompetenza per territorio e revocato un decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto da una Residenza Sanitaria Assistenziale nei confronti del nipote di una signora di novantadue anni, il quale si era impregnato al pagamento della retta di ricovero della zia. Per il Giudice bergamasco, infatti, anziano e parente rivestono lo status giuridico di consumatori e ad essi deve applicarsi il foro esclusivo del consumatore”. (FRANCHI, op.cit., p. 41).

A vulnerabilidade do idoso tem características próprias, apesar dos pontos de contato com a vulnerabilidade da criança e do adolescente¹¹². Ambas partem da noção de que são sujeitos em situação de risco, mas o idoso não é incapaz, como ocorre com a criança. A vulnerabilidade do idoso, portanto, é uma situação de fato. Já em relação aos incapazes há uma vulnerabilidade presumida.¹¹³

É relevante atentar para o fato de que idoso, criança e adolescente caminham em direções opostas, pois enquanto o primeiro tende a perder a autonomia com o passar dos anos, a criança e o adolescente passam a adquiri-la.¹¹⁴

Com essa perspectiva de distinção da vulnerabilidade do idoso, é importante detectar o grupo de vulneráveis e as características que lhes são próprias, já que essas importam para a confecção de um regramento protetivo específico.¹¹⁵

Há doutrinadores que caracterizam o grupo de idoso na categoria dos vulnerados, também denominado de vulnerabilidade potencializada e hipervulneráveis,¹¹⁶ aqueles indivíduos sujeitos a um risco maior, em razão do processo de envelhecimento, por questões de saúde ou informação.¹¹⁷ E essa vulnerabilidade potencializada determina um tratamento normativo diferenciado, bem como a efetivação da doutrina da proteção integral da pessoa idosa e do melhor interesse do idoso, permitindo a criação de discrimenes positivos.¹¹⁸

¹¹² Silvia Fernandes Chaves esclarece: “As crianças e os idosos são os chamados hipervulneráveis, pois acabam sendo o alvo predileto de estruturas publicitárias grandiosas, tendentes a impor determinados produtos ou serviços. Sob a nossa ótica, entre os consumidores hipervulneráveis, estão também as pessoas com pouca ou nenhuma experiência com a internet”. (CHAVES, Silvia Fernandes. Op. cit., p.75).

¹¹³ Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza. (BARBOZA, op.cit., 2013, p.114).

¹¹⁴ BARBOZA, op.cit., 2008, p.65.

¹¹⁵ Saliente-se que para Heloisa Helena Barboza, a cláusula geral de proteção à pessoa humana traz como principal efeito a consideração de todo ser humano ser potencialmente vulnerado, razão pela qual a tutela protetiva deve se estender para todos. Em suas palavras, “justificam-se por mais esta razão, plenamente, a tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”. (Ibid., p.66).

¹¹⁶ Enfatiza Heloisa Helena Barboza: “[...] parece razoável concluir que ele se encontra no grupo dos que têm sua vulnerabilidade potencializada, inscrevendo-se, para fins de elaboração e aplicação das leis, na categoria dos vulnerados, ou seja, daqueles que já se encontram, por força das contingências, em situação de desigualdade, devendo ser ‘discriminado positivamente’, para resguardo de sua dignidade. (Ibid., 2008, p.67). Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Há, na atualidade, em nível social, um processo de marginalização do idoso, o que o coloca no grupo daqueles que têm sua vulnerabilidade potencializada e, por isso, merece ser discriminado positivamente de modo a ser resguardada sua dignidade”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Pessoa idosa no direito de família**. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Gama-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 05 jan.2016).

¹¹⁷ “Se a cada dia surgem novas situações em que a vulnerabilidade se torna evidente e exige proteção jurídica, não se deve perder de vista que em todas as situações de vulnerabilidade mencionadas a título de exemplo, muitas pessoas têm sua ‘vulnerabilidade potencializada’, por problemas socioeconômicos e de saúde, e podem ser qualificados como vulnerados. Uma pessoa idosa é vulnerável, em razão do processo de envelhecimento, que pode atingir pessoas já vulneradas por doenças, pobreza ou deficiência física ou psíquica; essas estarão nitidamente em situação mais grave a exigir proteção diferenciada, diversa da conferida aos ‘apenas’ idosos”. (BARBOZA, op.cit., 2013, p.116).

¹¹⁸ BARBOZA, op.cit., 2008, p.71; e DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 121.

Podem ser caracterizados como discrímenes positivos para o idoso analfabeto o seu esclarecimento através de reuniões específicas, por meio das quais as condições do empréstimo serão detalhadas e permitida a análise da sua situação concreta e da sua família.

O reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa idosa constitui um importante mecanismo para a proteção desse indivíduo, com nítida repercussão na ordem social.¹¹⁹ Não se trata de torná-lo incapaz, longe disso, mas de considerá-lo como a parte mais frágil de uma relação jurídica, na qual existe a deficiência técnica de informação potencializada.¹²⁰

Importante enfatizar que, sobretudo, em se tratando dos contratos de massa, a repercussão social é enorme, seja pelo volume de negócios realizados, seja pelo reconhecimento da vulnerabilidade jurídica. A presunção de vulnerabilidade contratual afasta a necessidade de ser constatada a vulnerabilidade em cada caso, dispensando, pois, o idoso de prová-la.

No direito do consumidor, os estudos de vulnerabilidade costumam classificá-la em técnica, econômica e jurídica. A vulnerabilidade técnica decorre da deficiência de informação do consumidor sobre os produtos e serviços, já que eles não detêm o conhecimento irrestrito e completo sobre a qualidade e segurança dos produtos e serviços que consome.¹²¹ Por sua vez, a vulnerabilidade econômica decorre do desequilíbrio financeiro existente entre consumidor e fornecedor. A vulnerabilidade jurídica decorre da inexperiência do consumidor em litigar em juízo.

A vulnerabilidade fática e técnica, assim como a econômica, na maioria das vezes, está presente nos contratos de empréstimos bancários realizados com analfabetos. Percebe-se que se trata de um técnico especialista nas cláusulas do contrato frente a um indivíduo, muitas vezes necessitado dos valores pactuados, e totalmente desinformado e leigo no assunto. Mesmo assim, com todas essas circunstâncias que caracterizam essa

¹¹⁹ Essa repercussão social é enfatizada por Pietro Perlingieri: “O problema do idoso assume dimensões individuais e, ao mesmo tempo, sociais”. (PERLINGIERI, op.cit., p.168). E também por Rogério Donnini: “Na realidade, felicidade e bem comum se completam, assim como também há uma evidente integração entre vida digna, isto é, o respeito à dignidade humana vinculado aos direitos sociais e uma vida feliz, no plano coletivo”. (DONNINI, op.cit., 2015, p.61).

¹²⁰ Sílvia Fernandes Chaves ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor impõe a necessidade do seu esclarecimento acerca de todos os detalhes da negociação: “Nessa perspectiva de vulnerabilidade, o esclarecimento do consumidor sobre as cláusulas contratuais e demais condições do negócio deve satisfazer o entendimento do leigo de forma clara e objetiva. Não adianta a utilização de termos técnicos ou pouco conhecidos na linguagem popular; é preciso que o consumidor entenda todos os detalhes da negociação”. (CHAVES, Sílvia Fernandes. Op.cit., p.57).

¹²¹ Como percebe César Carranza Álvarez: “Dicha vulnerabilidad se manifiesta, como reconoce la doctrina, por medio de la asimetría informativa existente entre ambos polos de la relación de consumo, en la cual el consumidor se convierte en sujeto dependiente tanto de los productos y servicios que requiere como de la información que el proveedor decide entregarle para la toma de decisiones”. (ÁLVAREZ, op.cit., p.141).

vulnerabilidade acentuada, a assinatura a rogo tem o condão de impor ao contrato a característica de título executivo aos contratos pactuados com analfabetos.¹²² Indiscutivelmente, há que se pugnar por uma mudança legislativa sobre essa temática, de modo a favorecer a implementação dos princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana.

A Proposta de Resolução do Parlamento Europeu, posteriormente transformada no Regulamento EU nº254/2014, acolhe e traça diretrizes sobre a vulnerabilidade do consumidor para 2014/2020. Primeiramente reconhece que a vulnerabilidade pode estar presente em todas as pessoas em determinadas fases de sua vida, já que percebe essa característica como temporária ou permanente¹²³. Opta por não estabelecer um conceito fechado de vulnerabilidade, pois considera necessária a maleabilidade desse conceito, elege alguns setores, nos quais reconhece uma especial

¹²² TJ-RJ – APELAÇÃO APL 10569250820118190002 RJ 1056925-08.2011.8.19.0002 (TJ-RJ) Data de publicação: 08/08/2013. Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO SUMÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANOS MORAIS, COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA –AUTORA ANALFABETA – ABERTURA DE CONTA CORRENTE – DESNECESSIDADE DE OUTORGA DE PROCURAÇÃO PARA CUMPRIR EXIGÊNCIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ARTIGO 595, DO CC AUTORIZA NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A ASSINATURA A ROGO DA PARTE ANALFABETA NO INSTRUMENTO, DESDE QUE SUBSCRITO POR DUASTESTEMUNHAS – SENTENÇA QUE SE REFORMA.

TRF-2 – APELAÇÃO CIVEL AC 409099 RJ 2005.51.01.006037-2 (TRF-2) Data de publicação: 05/09/2008. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. – *In casu*, o contrato de financiamento em tela firmado pelo estabelecimento bancário e o devedor é título executivo extrajudicial, eis que, assim como ocorre com os contratos de abertura em conta-corrente, basta que dele constem as assinaturas de duas testemunhas e venha devidamente acompanhado dos respectivos extratos e atualizações discriminados. – Presentes os requisitos de liquidez e certeza no título, nos moldes dos artigos 585, II e 586, ambos do CPC. – Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. – Provimento ao recurso, para anular a r. sentença recorrida. Prosseguimento do feito. TJ-PR – Apelação Cível AC 724972 PR Apelação Cível 0072497-2 (TJ-PR). Data de publicação: 06/11/1996. Ementa: COBRANCA – RITO ORDINARIO – VALOR SUPERIOR A VINTE SALARIOS MINIMOS – CONTRATO DE ABERTURA DE CREDITO EM CONTACORRENTE – SEM ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS – INADMISSIBILIDADE – ARTIGO 585, II DO CPC – COMPETENCIA DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO NAO CONHECIDO. 1. A AÇÃO ORDINARIA DE COBRANCA CUJO VALOR ULTRAPASSA A 20 (VINTE) SALARIOS MINIMOS, NAO SE ENQUADRA NAS HIPOTHESES DO ARTIGO 103, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, NAO SENDO COMPETENCIA DESTA TRIBUNAL DE ALÇADA. REMESSA AO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. NAO E TITULO EXECUTIVO O CONTRATO DE FINANCIAMENTO OU A CONFISSAO DE DIVIDA QUE NAO TEM A ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS, HIPOTHESE QUE NAO SE APLICA AO ARTIGO 103, III, ALINEA G DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

¹²³ “La relatrice ha preferito non concentrare la propria attenzione sulla creazione di una nuova definizione di "consumatore vulnerabile", considerato che il Parlamento si è già adoperato in passato a tale scopo, poiché si corre il rischio di creare una nozione di consumatore vulnerabile troppo approssimativa o concreta, che manchi della necessaria flessibilità e adattabilità alle varie situazioni di vulnerabilità”. Motivazione. La presente relazione parte dal principio per cui tutti i consumatori potrebbero diventare vulnerabili, nel corso della loro vita, giacché la vulnerabilità può insorgere per cause sia endogene sia esogene: endogene, quando la vulnerabilità del consumatore è dovuta a cause temporanee o permanenti, relative alla loro natura o condizione fisica o mentale (bambini, adolescenti, anziani, disabili, ecc.); esogene se causate da agenti esterni che rendono il consumatore vulnerabile: la non conoscenza della lingua, la mancanza di informazioni (generalizzata o specifica di un settore di mercato) o, semplicemente, l'obbligo di utilizzare nuove tecnologie alle quali non è abituato”. (PROPOSTA DI RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori. Relatore: María Irigoyen Pérez. Disponível em: <http://www.parl.europa.eu>. Acesso em: 03 out.2015).

vulnerabilidade do consumidor e, dentre eles, enfatiza o financeiro e o superendividamento da população.¹²⁴

Essa proposta enfatiza a necessidade de informação do consumidor especialmente vulnerável, mas reconhece que a informação não é suficiente para superar a vulnerabilidade, pois essa decorre de outros fatores como a falta de assertividade ou de compreensão das regras expostas.¹²⁵

¹²⁴ PROPOSTA DI RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori. Relatore: María Irigoyen Pérez “Valutazione del quadro legislativo vigente [...] 9. ritiene che il rafforzamento dei diritti dei consumatori vulnerabili implichi non solo uno sviluppo del corpus giuridico e una efficace applicazione dei loro diritti, ma anche un rafforzamento della loro capacità di prendere da soli le decisioni migliori; accoglie con favore e sostiene pienamente, di conseguenza, gli sforzi della Commissione volti a promuovere il potenziamento della responsabilità dei consumatori mediante la fornitura di informazioni facilmente accessibili e comprensibili e la loro formazione poiché ogni azione intrapresa in tal senso contribuisce ad una maggiore efficienza ed equità del mercato interno; esprime tuttavia preoccupazione per il fatto che tale approccio potrebbe risultare insufficiente nella tutela del consumatore vulnerabile, dal momento che la sua vulnerabilità può essere dovuta alla difficoltà di accedere alle informazioni messe a disposizione o di valutarle; chiede alla Commissione di elaborare una politica dei consumatori destinata a tutti i consumatori europei e di garantire che i consumatori vulnerabili abbiano accesso agli stessi beni e servizi e non siano indotti in errore; 10. osserva che la vulnerabilità di molti consumatori risiede precisamente nella loro scarsa assertività e nella carente comprensione delle informazioni ricevute o delle opzioni a disposizione, oppure nell'ignoranza dei sistemi esistenti di reclamo e rimborso, e che queste barriere sono maggiori nel caso delle vendite porta a porta e del consumo transfrontaliero, ivi compreso il commercio elettronico transfrontaliero; 11. invita l'Unione europea e gli Stati membri ad attribuire maggiore importanza alle campagne di informazione e formazione dei consumatori che veicolino i giusti messaggi ai giusti segmenti di consumatori, e a dedicare investimenti maggiori in tale ambito; 12. chiede pertanto alla Commissione e agli Stati membri di promuovere e sviluppare ulteriormente le iniziative esistenti (quali Dolceta, la rete ECC-Net, ecc.), assicurandone nel contempo la coerenza, onde migliorare l'informazione e la formazione dei consumatori; 13. sottolinea che, nelle relazioni contrattuali, il consumatore rappresenta spesso la parte più debole; chiede alle imprese di promuovere e sviluppare iniziative di autoregolamentazione per rafforzare la tutela dei diritti dei consumatori vulnerabili, garantire loro l'accesso a una informazione migliore e più chiara ed elaborare prassi che migliorino la capacità di tutti i consumatori di comprendere e valutare un contratto; chiede alle autorità nazionali competenti di fornire incentivi in tal senso e di garantire la necessaria tutela giuridica dei consumatori; [...] 17. chiede alla Commissione e al Consiglio di considerare il rafforzamento dei diritti dei consumatori vulnerabili come una delle priorità fondamentali nel quadro dell'attuale revisione della proposta di regolamento relativo a un programma per la tutela dei consumatori 2014-2020, nonché dell'imminente pubblicazione dell'agenda dei consumatori; 18. chiede alla Commissione di includere la dimensione della vulnerabilità dei consumatori nelle attività del quadro di valutazione dei consumatori, ad esempio ripartendo i dati in base all'età, al grado d'istruzione o a fattori socioeconomici, per avere una panoramica più chiara delle necessità dei consumatori vulnerabili; Settori ad elevata problematicità [...] 21. osserva che nelle sedi internazionali è stata riconosciuta la necessità di proteggere i consumatori per mezzo dell'informazione e della regolamentazione dei mercati finanziari, la cui complessità comporta che ogni consumatore può potenzialmente essere vulnerabile; osserva che detta complessità può causare il sovraindebitamento dei consumatori; osserva che, secondo un recente studio della Commissione, nel 70% dei siti web degli istituti finanziari e delle imprese del settore si osservano errori di fondo nella pubblicità e nelle informazioni essenziali riguardanti i prodotti offerti, mentre il costo viene indicato in modo ingannevole; sottolinea tuttavia che le imprese del settore dei servizi finanziari dovrebbero fare di più per fornire spiegazioni chiare e semplici sulla natura dei prodotti e dei servizi forniti e chiede altresì a tutte le parti interessate di sviluppare programmi efficaci di alfabetizzazione finanziaria; 22. chiede che le informazioni siano più mirate e diffuse attraverso tutti i canali, non solo quelli ufficiali ma anche tramite le organizzazioni di consumatori e gli uffici regionali, comunali e locali, che sono molto più vicini e visibili e più facilmente accessibili per i consumatori a mobilità ridotta; 23. sottolinea la necessità di procedere a interventi mirati principalmente ai consumatori vulnerabili, sia a livello dell'UE che degli Stati membri, secondo i risultati dell'ultimo sondaggio dell'Eurobarometro dai quali emerge che la percentuale di consumatori che si sente informata e tutelata è inferiore al 50% e che, in particolare, i gruppi vulnerabili hanno difficoltà a comprendere le possibilità di scelta a loro disposizione, non conoscono i loro diritti, sono più esposti a situazioni problematiche e si mostrano riluttanti a compiere eventuali passi nel caso emergano dei problemi”. (PROPOSTA DI RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori. Relatore: María Irigoyen Pérez. Disponibile em: <http://www.parl.europa.eu>. Accesso em: 03 out.2015).

¹²⁵ “Di fatto, la vulnerabilità di molti consumatori nasce proprio dalla loro mancanza di assertività (ad esempio nei bambini o negli anziani), dalla mancata comprensione dell'informazione ricevuta o delle opzioni disponibili (come nel caso di persone socialmente escluse o con bassi livelli di istruzione) o dalla loro ignoranza sulle prassi di reclamo e rimborso esistenti, soprattutto nel caso di consumo transfrontaliero o commercio elettronico. La relatrice chiede alla Commissione e agli Stati membri di adottare, nei loro strumenti legislativi, misure specifiche a garanzia di un'adeguata tutela dei consumatori vulnerabili che superino la mera informazione, soprattutto riguardo a settori in cui il livello di vulnerabilità si

Ressalta ainda a existência de setores especialmente problemáticos e o fato de que, especialmente nesses casos, a simples informação ao consumidor tem se mostrado ineficiente.¹²⁶ O relator da proposta de Resolução exorta a Comissão e os Estados-membros a adotar medidas específicas para garantir uma proteção adequada e eficiente aos consumidores vulneráveis, com a finalidade de se garantir o equilíbrio contratual.

A plena informação ao consumidor analfabeto é bastante prejudicada pelo seu desconhecimento fático e técnico.¹²⁷ Quando às características de consumidor e analfabeto acresce-se a condição de idoso essa vulnerabilidade fica ainda mais potencializada.

No caso do consumidor idoso e analfabeto, constata-se que essa vulnerabilidade é potencializada, na medida em que ele apresenta deficiência de informação, impossibilidade de análise matemática e jurídica e fragilidade socioeconômica.¹²⁸ Essa

è dimostrato superiore alla media (telecomunicazioni, accesso alla giustizia, energia, trasporti, beni alimentari, servizi finanziari, ecc.) e soprattutto in armonia con il programma di protezione del consumatore e il programma dei consumatori 2014-2020. Al fine di garantire un equilibrio contrattuale più trasparente e meno opaco, tale compito richiede l'impegno non solo delle autorità ma anche delle imprese e dei fornitori". [...] "Accesso alla giustizia: per ricevere un indennizzo per un danno subito, i consumatori più vulnerabili possono incontrare difficoltà ad accedere ai meccanismi esistenti, sia perché non li conoscono bene, oppure perché non sanno o non possono utilizzarli (a causa dell'elevato costo o della difficoltà linguistica). Si richiede la definizione di meccanismi gratuiti per la composizione extragiudiziale delle controversie applicabili d'ufficio nel caso in cui siano coinvolti soggetti vulnerabili e che contemplino i casi di transazioni transfrontaliere, così come azioni collettive che garantiscano un trattamento comune dei casi, assicurando la maggiore inclusione delle vittime. La relatrice richiama l'attenzione sulla vulnerabilità specifica dei consumatori della terza età, soprattutto in relazione alla digitalizzazione dei servizi e ai costi supplementari che impone la gestione degli stessi alle filiali e agli esercizi commerciali tradizionali, facendo sì che in molti casi essi spendano di più per prodotti uguali". (PROPOSTA DI RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori. Relatore: María Irigoyen Pérez. Disponível em: <http://www.parl.europa.eu>. Acesso em: 03 out.2015).

¹²⁶ "Settori ad elevata problematicità. La relatrice ha considerato nella pratica i seguenti settori: – settore finanziario: alcuni strumenti esistenti stabiliscono requisiti di informazione e adeguamento dei prodotti, ma in caso di vulnerabilità (si pensi soprattutto agli anziani) tali misure risultano palesemente insufficienti. Inoltre, va ricordato che le sedi internazionali (G20, OCSE) hanno riconosciuto la necessità di protezione dei consumatori per mezzo dell'informazione e della regolamentazione dei mercati finanziari, la cui complessità comporta, nella maggior parte dei casi, la vulnerabilizzazione di tutti i consumatori". (PROPOSTA DI RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori. Relatore: María Irigoyen Pérez Disponível em:<http://www.parl.europa.eu>. Acesso em: 03 out.2015).

¹²⁷ Cristiano Heineck Schmitt destaca: "Além desses, merecem destaque o consumidor – analfabeto, a quem, potencialmente, pende a falta de possibilidade de pleno acesso a informações sobre os negócios entabulados [...]". (SCHMITT, op.cit., p. 219).

¹²⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Número 70066565193. Comarca de Porto Alegre. Vigésima Terceira Câmara Cível. Relatora Ana Paula Dalbosco. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REVISIONAL DE CONTRATO. SUPERENDIVIDAMENTO. HIPERVULNERABILIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL. 1. A presença de qualquer uma das facetas da vulnerabilidade na situação de fato (vulnerabilidade informacional, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica ou científica e vulnerabilidade fática ou socioeconômica) caracteriza o consumidor como hipossuficiente e merecedor da proteção jurídica especial da legislação consumerista. Caso dos autos em que a autora preenche os requisitos de todas as espécies, pois trata-se de pessoa idosa que não recebeu as informações necessárias para realização do contrato com a instituição financeira, de sabidamente grande poderio econômico, configurando-a como hipervulnerável e merecedora de atenção jurídica específica. 2. Resta caracterizado o superendividamento quando a parte autora, pensionista idosa, possui inúmeros empréstimos bancários, dos quais sequer necessita, e que somados minam seus vencimentos ao ponto de não conseguir mais honrar com todas as dívidas e manter o necessário para a manutenção do seu mínimo existencial. 3. O dever de informação, consubstanciado no esclarecimento do leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda, além de um direito do consumidor, é também um dever de cautela do fornecedor de crédito. Em razão do dever de mitigar a própria perda (*duty to mitigate the loss*), desdobramento do princípio fundamental da boa-fé objetiva, que rege todo e qualquer negócio jurídico, é obrigação da parte mutuante evitar a causação ou agravamento do próprio prejuízo 4. A parte demandada, ao não apresentar

vulnerabilidade torna o consumidor mais suscetível de ser enganado e de realizar operações financeiras as quais não possa posteriormente honrar.¹²⁹

No caso da pessoa idosa analfabeta, pode-se considerá-la uma minoria, levando em consideração o critério quantitativo também seguindo a conotação qualitativa.¹³⁰ Essas minorias têm em comum a vulnerabilidade¹³¹, já que submetidas à vontade, à legislação, aos princípios jurídicos e às relações jurídicas e familiares eleitas pela maioria.

Como minoria que se apresenta e com especial vulnerabilidade, o consumidor idoso e analfabeto necessita de uma proteção especial.¹³² Não se trata de impor uma limitação ao idoso simplesmente por conta de sua idade, mas o que determina essa proteção é, sem dúvida, a sua condição de analfabeto que limita sua capacidade de cognição das cláusulas do contrato de empréstimo bancário.¹³³

Na verdade, considerar que o idoso analfabeto não pode sozinho realizar determinados contratos não tem nada de espantoso. O espanto é entender possível a pactuação de um contrato de empréstimo bancário bastando a aposição de uma digital pelo

a análise adequada e minuciosa da possibilidade de cumprimento contratual por parte do consumidor, tampouco o próprio instrumento contratual firmado entre as partes, além da violação material à boa-fé objetiva, também violou processualmente o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, princípio regente da relação processual e previsto expressamente no Novo Código de Processo Civil (artigo 5º e 6º da Lei nº13.105/2015). 5. Anulada a avença, retornam as partes ao status quo ante, ensejando repetição em dobro do valor pago indevidamente pelo consumidor, porquanto não demonstrado o engano justificável por parte da instituição ré, devendo tal quantia ser compensada com o valor efetivamente recebido pela parte autora quando da celebração do negócio. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível nº70066565193, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ana Paula Dalbosco, J.24-11-2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

¹²⁹ Atente-se ao Atti P6_TA-PROV (2012)0209 (22/05/2012). Tipo: Atti dell'Unione europea: Risoluzione sul rafforzamento dei diritti dei consumatori più vulnerabili Autorità: Autorità europee – Unione europea: Parlamento europeo Tipo: Actos da União Europeia: Data: 22/05/2012. Oggetto: Il Parlamento europeo ritiene che il rafforzamento dei diritti dei consumatori vulnerabili implichi non solo uno sviluppo del corpus giuridico e una efficace applicazione dei loro diritti, ma anche un rafforzamento della loro capacità di prendere da soli le decisioni migliori; accoglie quindi con favore e sostiene pienamente gli sforzi della Commissione europea volti a promuovere il potenziamento della responsabilità dei consumatori mediante la fornitura di informazioni facilmente accessibili e comprensibili e la loro formazione poiché ogni azione intrapresa in tal senso contribuisce ad una maggiore efficienza ed equità del mercato interno; esprime tuttavia preoccupazione per il fatto che tale approccio potrebbe risultare insufficiente nella tutela del consumatore vulnerabile, dal momento che la sua vulnerabilità può essere dovuta alla difficoltà di accedere alle informazioni messe a disposizione o di valutarle; chiede quindi alla Commissione di elaborare una politica dei consumatori destinata a tutti i consumatori europei e di garantire che i consumatori vulnerabili abbiano accesso agli stessi beni e servizi e non siano indotti in errore. (Disponível em: <http://www.europeanrights.eu>. Acesso em: 03 out. 2015).

¹³⁰ Importante salientar a ressalva realizada por Heloisa Helena Barboza, segundo a qual: “Indispensável ressaltar que deve ser dada conotação qualitativa ao termo ‘minoritários’. As minorias, numericamente consideradas, podem ser opressoras, e as maiorias oprimidas, como se verifica em relação à distribuição dos recursos financeiros no Brasil, onde a maioria da população vive em condições de pobreza, enquanto um pequeníssimo percentual detém mais da metade dos recursos financeiros do país”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.60).

¹³¹ Ibid., p.60.

¹³² “Não se trata apenas de estabelecer a igualdade material, como no caso do consumidor, mas prover a proteção especial de uma minoria que se encontrava subjugada em todas as relações sócio-jurídicas, inclusive familiares”. (Ibid., p.61).

¹³³ Vale mencionar a advertência de Pietro Perlingieri: “Em respeito ao valor unitário da pessoa, é oportuno individualizar a quantidade e a qualidade do objeto do ato, das suas implicações e das suas consequências. É expressão de garantia, o princípio sugerido, pelo qual somente quando as faculdades intelectivas forem gravemente comprometidas poderá, realmente, justificar-se a introdução de limites ao direito do idoso de concluir negócios; ainda mais que se considera necessária uma verificação direta, e não presumida, dessas eventuais incapacidades”. (PERLINGIERI, op.cit., p.167).

analfabeto e com uma presunção de que o agente bancário, além de conhecer a realidade na qual o seu cliente está inserido, esclareceu todas as condições que lhes eram desfavoráveis.

Há que se criar uma presunção expressa no Estatuto do Idoso, no sentido de que o idoso analfabeto não compreende as cláusulas do contrato de empréstimo e que, dessa forma, precisa de uma proteção especial para a realização desse ato, face à gravidade das implicações financeiras que vêm diuturnamente ocorrendo com reflexos em sua qualidade de vida. Essa proteção especial é representada por uma assistência do órgão ministerial para informá-lo sobre o teor dessas cláusulas. Como se trata de uma presunção que limita a autonomia do consumidor idoso e analfabeto e restringe a sua legitimidade para concluir negócios jurídicos deve estar expressa na legislação. Essa é a razão pela qual consta nesse trabalho uma proposta de *lege ferenda* a integrar o artigo 74, XI do Estatuto do Idoso, incluindo-se entre as atribuições do Ministério Público: assistir preventivamente a pessoa idosa e analfabeta, nos contratos de crédito pessoal, de modo a garantir-lhe a plena e irrestrita informação acerca das cláusulas contratuais, mas respeitando a sua liberdade em decidir pela realização ou não do contrato.

Essa proteção especial já acontece em outras regras da legislação brasileira. Há discrimen positivo ao idoso no artigo 35-E, da Lei nº9.656/98, segundo o qual para que houvesse aumento das prestações de plano de saúde pagas pelos idosos seria necessária a autorização da Agência Nacional de Saúde.¹³⁴ Deste modo, atendendo a finalidade de se proteger o vulnerável, mas sem esquecer que a pessoa idosa goza de autonomia e igualdade nas relações da qual participa, são editadas diversas normas de conteúdo privado, nas quais o Estado interfere diretamente na autonomia do indivíduo, com vistas a proporcionar a igualdade material.¹³⁵ Não se pode olvidar que o nosso sistema jurídico elege o idoso como

¹³⁴ Artigo 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 18 fev. 2016). Esse dispositivo chegou a ser objeto de questionamento de sua constitucionalidade nas ADIs 1.390-9 e 2.136-2 as quais não chegaram a ter o seu mérito julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

¹³⁵ Paulo Neves Soto pontua: “O próprio princípio da autonomia da vontade, que se vale do dogma da igualdade formal de qualquer homem, como argumento de base para sua vinculação, se torna bastante contestável quando a doutrina moderna substitui o princípio da igualdade formal pelo da igualdade substancial (ou princípio da isonomia) através do qual o mundo jurídico se ‘abre’ para uma realidade de diferenças”. (SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253).

detentor de direitos especiais alcançados com a simples comemoração dos 60 (sessenta) anos.¹³⁶

1.5.1. O idoso analfabeto no contexto familiar, o Estatuto do Idoso e a aplicação de questionários de análise financeira pelo promotor de justiça

Os novos arranjos familiares não descuram do idoso, podendo ele compor qualquer das suas formas desde que unido por laços de afeto ou sangue. É certo, portanto, que o idoso analfabeto, na maior parte das vezes, está inserido em uma família, que o acolhe, o afasta ou o ignora.

Tradicionalmente, a velhice sempre foi sinônimo de sabedoria entre os povos mais antigos. Na Grécia, a Gerúsia era composta por um conselho de anciãos e chegava a dividir o poder com o rei, podendo até julgá-lo. Entre os índios, a função do pajé, de extrema importância, é exercida pelo ancião da tribo por se entender que ele detém maior conhecimento e experiência que os mais jovens.

Em muitas cidades do interior, no Brasil, a figura do idoso ainda é muito valorizada seja por questão de afinidade e respeito ou porque, muitas vezes ele é o detentor do poder econômico de uma família, pois, em alguns casos, a sua aposentadoria constitui a única fonte de renda daquela. Vê-se, portanto, que, nessas hipóteses, essa aposentadoria representa a única forma dos integrantes de uma família viverem com dignidade. Não são raras as hipóteses, nas cidades do interior do Estado do Piauí, de infantes sob a guarda de seus avós, os quais são responsáveis por arcar com todos, ou a maior parte, dos custos de seus netos.

Atente-se, assim, para o fato de que a redução no valor de uma aposentadoria, em razão do desconto das parcelas de um empréstimo, seja esse consignado ou não, representa uma diminuição do padrão de vida de uma coletividade, na maioria dos casos, e não apenas de uma só pessoa. Um verdadeiro problema social. O que acontece é que a família passará a contar agora, não mais com a aposentadoria em sua integralidade para arcar com as despesas domésticas correntes ou mesmo com os custos que podem surgir de forma extraordinária, como os relacionados a uma doença ou ao desemprego de um dos integrantes do mesmo grupamento familiar.

¹³⁶ Heloisa Helena Barboza chega a mencionar que se trata de uma presunção absoluta criada pelo sistema jurídico brasileiro através da edição da Lei nº8.842/94 sendo seguida pelo Estatuto do Idoso, para as quais aos sessenta anos o indivíduo passa a ser titular de direitos especiais. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.64).

Da mesma forma que o idoso pode ser valorizado e respeitado, por ser ele o provedor de uma família, essa mesma situação pode despertar nos integrantes do grupamento familiar o desejo de subjugar-lo, com a finalidade deles mesmos serem os responsáveis por decidir o destino da aposentadoria do idoso, retirando totalmente a sua autonomia.¹³⁷

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, elege a família, tal qual a Constituição Federal de 1988, como a responsável, para assegurar-lhe, de forma prioritária, a efetivação dos seus direitos fundamentais. Entretanto, no seu artigo 14, essa mesma norma não exime o Estado dessa responsabilidade ao trazer que incumbe ao Poder Público prover o sustento do idoso por meio da assistência social, face à impossibilidade da família. Esse artigo evidencia a estreita relação entre o superendividamento do idoso e sua repercussão social, já que a impossibilidade do idoso e sua família autosustentar-se traz consequências diretas de encargos financeiros para o Poder Público. Com isso, defende-se que essa limitação da autonomia do idoso analfabeto em pactuar contratos onerosos com instituições financeiras é uma exigência que se impõe de modo a evitar mais um encargo financeiro ao Estado.

Atento à realidade de que, muitas vezes, são as pessoas mais próximas do idoso que lhes impingem o estado de risco, o Estatuto do Idoso tipifica condutas nos artigos 102, 104, 106 e 107 relacionadas à exploração e apropriação de recursos financeiros do idoso e coação para administração de seus bens, seja por meio de retenção de cartão magnético ou outorga de procuração.

A proximidade do promotor de justiça com a comunidade traz a possibilidade de conhecimento da realidade mais de perto e permite detectar situações de abandono e de

¹³⁷ O exemplo adiante colacionado é real e chegou na 3ª PJ/Picos, por meio de denúncia. Ilustra essa situação, bastante corriqueira, de exploração e retirada de autonomia do idoso: “QUE é filha da idosa RAIMUNDA FABELINA DA ROCHA, 73 anos, provavelmente portadora de mal de Alzheimer, tendo em vista que tem surtos de perda de memória; QUE a irmã da ora declarante ANA LÚCIA DA CONCEIÇÃO levou a idosa para Formosa – GO em 2011, declarando que ia apenas passear, no entanto não trouxe mais a idosa de volta; QUE nesse período levou todos os documentos da idosa, tais como RG, CPF, título eleitoral alegando que era apenas para retirar o benefício da idosa e poder trazer esta de volta a Picos; QUE a ANA LÚCIA não trouxe a idosa e transferiu todos os documentos da idosa para Formosa-GO; QUE a ora declarante morava em Fortaleza, mas quando soube do que ela estava fazendo com sua mãe, foi residir em Formosa-GO, pois suspeitou que sua mãe não estava em boas mãos; QUE ao chegar lá foi percebendo que o dinheiro de sua mãe estava sendo mal administrado, pois ANA LÚCIA não prestava contas, dizendo que não tinha que dar satisfação a ninguém do que fazia com o dinheiro da idosa; QUE também não gostava da maneira como ANA LÚCIA falava com a idosa; QUE começaram a chegar cobranças do SERASA e de bancos em nome da idosa, foi aí que a ora declarante percebeu que o nome de sua mãe estava sendo usado; QUE sua mãe é analfabeta e esquece do que faz, pois tem surtos de perda de memória; QUE vendo sua mãe passar por tudo isso, com vontade de vir embora e de comum acordo com os filhos da idosa RITA BARBOZA MIRANDA E INÁCIO BARBOZA MIRANDA, além de todos que também concordavam com o fato de a idosa morar em Picos –PI, perto da família, porém ANA LÚCIA se recusou a trazer a idosa; QUE trouxe a idosa para Picos –PI, mesmo contra a vontade de Ana Lúcia; [...]” Termo de declaração de BENTA RAIMUNDA DA CONCEIÇÃO, referente à notícia de fato nº000003-090/2015, 3ª Promotoria de Justiça de Picos do Ministério Público do Estado do Piauí, coletado em 24/04/2013. Interessante notar que, nesse caso, a idosa mesmo sendo analfabeta e com mal de Alzheimer realizou contrato de empréstimo com a simples aposição de sua digital e assinatura a rogo da sua filha Ana Lúcia da Conceição, responsável por retirar totalmente a autonomia da idosa Raimunda Fabelina da Rocha.

exploração do idoso com mais propriedade. Sendo assim, no momento em que o promotor de justiça assistir a pessoa idosa analfabeta deverá ter em consideração todo o contexto familiar no qual está inserida. Para tanto, deverá realizar uma entrevista minudente com a finalidade de esclarecer as circunstâncias na qual o idoso analfabeto está inserido, de modo a possibilitar uma melhor orientação acerca da possibilidade de se realizar ou não um empréstimo. Importante que esse questionário tenha palavras simples e de fácil compreensão, a fim de que o promotor de justiça possa chegar a uma compreensão o mais fiel possível dessa realidade.

Propõe-se como roteiro de conversa com o idoso o seguinte questionário, o qual funcionará como um norte ao promotor de justiça, podendo conter variações a depender da realidade desenhada durante a conversa: 1) Quantas pessoas vivem com o senhor?; Dessas pessoas, quantas são crianças?; 2) Ajuda financeiramente alguém que não mora com o senhor?; 3) Você é o único que paga as contas da casa?; 4) Outras pessoas que moram na casa trabalham e recebem por esse trabalho?; 5) Recebe algum dinheiro de filho, neto ou qualquer outra pessoa?; 6) Mora em casa própria?; 7) Tem cuidadora ou alguém que cuida da casa?; Em relação a essas pessoas, o senhor paga algum dinheiro?; 8) Toma medicamentos de uso contínuo?; 9) Sabe quanto gasta na feira (ou no mercadinho) por semana?; e 10) Tem outros empréstimos?.

O questionário supra possui a finalidade de formar um retrato mais objetivo do caso concreto e constitui apenas uma das formas que o promotor de justiça pode se valer para auxiliar o consumidor idoso e analfabeto a formar um juízo de convicção sobre a necessidade de se submeter a um contrato de crédito bancário e aferir sua situação econômica. Trata-se da possibilidade do manejo de instrumentos que propiciem uma assistência concreta a esse consumidor, que lhe permita compreender as repercussões do contrato de crédito em sua vida e a concretização do princípio da boa-fé objetiva.¹³⁸

Nessa ordem de ideias, essa conversa com o promotor de justiça mostra-se de fundamental importância, não só para orientar o idoso quanto à realização do empréstimo e

¹³⁸ Ao comentar o art. 11 da LCCC espanhola, que traz o dever expresso de assistência técnica individualizada ao consumidor nos contratos de créditos bancários, Raquel Luquin Bergareche afirma: “En definitiva, se ha dado entrada en esta Ley al principio de buena fe en sentido objetivo que inspira el derecho de obligaciones y contratos con carácter general (art. 1258 CC) y debe hacerlo en el de consumidores con carácter particular, pues lo que se persigue con la información no solo es transmitir una serie de datos y menciones a la contraparte, sino conseguir la asimilación por el consumidor de la información suministrada (la doctrina italiana habla del passo ‘dal dovere di far conoscere al dovere di far comprender’), de forma tal que le permita formarse un juicio o decisión cabal de las características del crédito y, sobre todo, de las implicaciones económicas que el mismo va a acarrearle en el futuro, a fin de que sopesa tanto las ventajas como los inconvenientes y posibles riesgos de la operación”. (BERGARECHE, op.cit., p. 134).

o valor máximo da parcela com a qual poderá arcar, mas principalmente para o promotor de justiça detectar situações de coação psicológica ou subjugamento do idoso. É muito comum os familiares pressionarem o idoso, ou mesmo lhe retirar o cartão de saque dos seus proventos de aposentadoria, para lhe impor a realização de um empréstimo, visando a aquisição de bens para pessoas do seu convívio familiar.

1.5.2. O conceito de família na Constituição Federal brasileira de 1988

Atualmente, as famílias podem ser constituídas de diferentes maneiras. Não há um só tipo de formação de família, ao contrário, difícil é se declinar todos os seus arranjos. Atento a esse novo paradigma, o legislador constitucional brasileiro adotou uma acepção ampla do termo,¹³⁹ de modo a não restringir o seu conceito às formas exemplificadas em seu rol.¹⁴⁰ É, pois, a família um conceito cultural que se modifica em razão do lugar e se aperfeiçoa conforme o passar do tempo.

De fato, se em tempos pretéritos a legislação civilista existia para proteger o patrimônio da família, o que conferia a essa um elevado número de normas, cuja finalidade principal era a proteção desse instituto em si mesmo, hoje a defesa da família é justificada em razão dos seus membros. Deixa de ser relevante o conceito de família em si mesmo, enquanto instituição, para importar os membros componentes desse agrupamento: seus interesses, suas perspectivas, seus ideais e desejos. A família, atualmente, é protegida em razão dos seus membros.

O paradigma, portanto, mudou. E nesse contexto de valorização e importância dos membros de uma família, ganha realce o valor da afetividade. É o afeto que une diferentes indivíduos e promove o fortalecimento de laços de sangue e/ou de amor, pois nem

¹³⁹ Fernanda Passanha do Amaral Gurgel enfatiza que: “A mudança na família brasileira não ocorreu a partir da nova ordem constitucional, uma vez que foram constitucionalizados valores que já estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade”. (GURGEL, op.cit., p. 40). Paulo Luiz Netto Lôbo, dez anos antes do Supremo Tribunal Federal julgar, em 05-05-2011, a ADI 4277/DF já reconhecia que o rol do artigo 226 era exemplificativo e caracterizava as uniões homoafetivas como família. (LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.12, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, jan.-mar., 2002, p.54).

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal. (1988). Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º O casamento é civil e gratuita a celebração. §2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº66, de 2010) §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

sempre onde há vínculo genético há amor, como também, da mesma forma, é possível enxergar a formação de uma família sem qualquer vínculo sanguíneo.

É nesse novo cenário, com o atual paradigma de família formada por indivíduos que se unem por laços de afeto¹⁴¹ que se deve compreender e estudar a pessoa idosa analfabeta como integrante de uma unidade familiar e como sujeito de direitos e pertencente à uma comunidade.

A família é um dos responsáveis, e o principal deles, segundo a Carta Constitucional, pela inserção do idoso na comunidade e pela preservação dos seus direitos. Como se nota, a Constituição Federal brasileira de 1988 elegeu a família, a comunidade e o poder público para promover a pessoa idosa, seja por meio de cuidado e atenção, em se tratando da família, ou pela criação de políticas públicas voltadas ao idoso, quando se volta a atenção para o poder público.¹⁴² Aliás, é a família a principal responsável por promover a cidadania do idoso e o cuidado para com ele.¹⁴³

Note-se que nessa ideia de família ampliada e de cuidado para com a pessoa idosa, inserem-se as entidades de acolhimento. Na ausência de parentes do idoso, ganha importância o trabalho realizado pelas entidades de acolhimento, no sentido do cuidado para com eles, existindo ou não vínculos afetivos. Nada impede que nessas entidades possa surgir afeto entre os idosos e formação de uma nova entidade familiar.¹⁴⁴

¹⁴¹ Luiz Edson Fachin salienta que o afeto, mesmo antes da Constituição de 1988, já era reconhecido pelo direito pátrio com o instituto da adoção. (FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo código civil**. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. v.XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.26). Por sua vez, Romualdo Baptista dos Santos ressalta o papel da mulher no reconhecimento pelo Direito dos valores do cuidado e do afeto: “O fato é que jamais se teria falado de afeto ou de afetividade se as mulheres não houvessem deixado seus lares e vindo ocupar a esfera pública da vida em sociedade para mostrar que carinho, cuidado, dedicação e tudo o mais que se praticava no interior das famílias tem imensa importância para a formação da personalidade e, portanto, constitui um valor a ser preservado”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p.112).

¹⁴² Isa Gabriela de Almeida Stefano e Oswaldo Peregrina Rodrigues criticam a eleição da família como principal responsável pelo idoso. Na opinião desses autores o Estado deveria ter sido o escolhido para encabeçar a lista: “Apesar de o legislador ter colocado uma ordem dos responsáveis a ser seguida, ele não agiu bem, pois o Estado deveria figurar em primeiro lugar”. E no parágrafo seguinte continua: “Dessa forma, não deve ter uma ordem específica, mas sim verificar quem é o sujeito passivo capacitado em cada caso concreto”. (STEFANO; RODRIGUES, op.cit., p.257).

¹⁴³ Diogo Leite de Campos poeticamente enuncia esse dever: “O dever na família assume radicalmente a característica do dar (-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais ‘amorosamente’ ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente. Dá-se e recebe; ama e é amado; perdoa e é perdoado; disponibiliza-se e vive em comunhão; tenta, de tal maneira, ser um com os outros, que os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser”. (CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós**: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p.165).

¹⁴⁴ Segue essa linha Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner, para a qual: “Nesse sentido, a entidade familiar, concebida como agente possibilitador de estabilidade e cuidado emocional, independentemente de ser organizada no modelo tradicional, na concepção alargada, ou sob forma de entidades de acolhimento, é destinatária de prevalência para cuidar de suas crianças, adolescentes e idosos, colocando-os sob proteção de perigo de dano eventual ou eminente”. (HAPNER, op.cit., p.138-139).

1.5.3. A família, o postulado da afetividade e o idoso analfabeto

Exalta-se, no novo contexto de arranjos familiares, o afeto, que passa a ser responsável pelo fortalecimento ou geração de vínculos de família, pois ocorre à exata noção de que os indivíduos se unem àqueles por quem nutrem afeição. À luz dessas ideias, infere-se que o conceito elástico de família não pode ficar restrito àquela proveniente dos laços de sangue. O afeto faz nascer a família e a sua falta pode ser a causa que impede a manutenção da relação familiar.¹⁴⁵ É, pois, o elemento que une os integrantes em torno da família.

Impõe-se, pois, a percepção de que não há uma única formação possível de família. É preciso, portanto, que o ordenamento acolha as suas diferentes formas, fundadas também no afeto, não somente nos laços consanguíneos.¹⁴⁶ A afetividade é, portanto, ao mesmo tempo um fenômeno psíquico, integrante dos indivíduos, e jurídico, já que acolhido pelo Direito.¹⁴⁷

O afeto aparece como um elemento constitutivo das relações familiares, cuja marca é a espontaneidade, sendo insuscetível de ser exigido pelo Poder Judiciário, conforme explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.¹⁴⁸ Para esses autores, o afeto é um

¹⁴⁵ E, sobre o fim do afeto, atente-se às palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “[...] a simples ausência de afeto ou mesmo a cessação de um afeto longamente nutrido, fio condutor de uma estrutura familiar que sem ele ameaça desmoronar, jamais poderá resvalar em comportamento contraditório reprimido pelo direito. Do mesmo modo, pode-se dizer que o desamor, de per si, por mais doloroso que possa ser, inadmitte enquadramento como abuso de direito nas modalidades *supressio* e *surrectio*. O ponto fulcral desse entendimento é o fato de que, na seara do dar e do receber afeto – cujo lócus situa-se na psique humana – a inconstância do sentimento e a influência que o tempo e que fatores cotidianos podem ter no abalo das relações afetivas são elementos que impedem (ou que deveriam impedir) a cristalização de expectativas mais robustas de permanência. É da índole das vivências amorosas a possibilidade de ruptura, do abandono, da partida”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.146).

¹⁴⁶ Acolher significa também proteger, como elucida Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner: “Todavia, não se pode excluir a possibilidade de existência e proteção de uma modalidade de família diferente da consanguínea, fundada no afeto e no apoio recíprocos existente entre pessoas da mesma faixa etária, que se encontram e convivem em espaços sociais ou em moradias coletivas, sustentada pela amizade nascida do compartilhamento das histórias de vida, da saúde de momentos que não voltarão, de expectativas sobre o que ainda pode acontecer. Essa família pode-se denominar de afetiva e social, uma forma de expressão afetiva que pode, de certa forma, atender ao sentido de proteção necessário para dar ou complementar qualidade de vida para pessoas que se encontram distantes, física ou emocionalmente, de suas famílias consanguíneas”. (HAPNER, op.cit., p.137).

¹⁴⁷ “A afetividade é um objeto complexo que apresenta inúmeras facetas, de acordo com as várias perspectivas de abordagem. A afetividade é, a um só tempo, um fenômeno psíquico e jurídico. É um fenômeno psíquico inerente a todos os seres humanos e, por essa razão, produz consequências para o mundo jurídico, constituindo um valor a ser protegido”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.51).

¹⁴⁸ Afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “É que a afetividade tem característica de espontaneidade: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p.64). De forma diferente pensa Romualdo Baptista dos Santos: “Considerando, porém, que a afetividade surge e se desenvolve nos relacionamentos e que esse surgimento e desenvolvimento são fundamentais para a formação da personalidade da criança e do próprio pai, é possível pensar em exigir a prestação de condutas que favoreçam o aparecimento dos afetos, ou seja, é possível exigir a prestação de *comportamentos pró-afetivos*, ainda que num primeiro momento não correspondam aos sentimentos, emoções e paixões que envolvem aquelas pessoas”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.122).

valor, um sentimento, e como tal, não é exigível, não possui força vinculante, e por essa razão, entendem que não é um princípio, mas um postulado.¹⁴⁹

Se não é exigível, se não possui força vinculante, mas constitui um valor usado para interpretação, bem como para ponderação de regras e princípios, tal qual ocorre com a razoabilidade, deve ser entendido como um postulado.¹⁵⁰

Mas o entendimento de que a afetividade não pode ser exigida e, por essa razão é insuscetível de caracterização como princípio jurídico, não é uníssono. O afeto é compreendido como princípio jurídico por outros doutrinadores, o que lhe impõe força normativa.¹⁵¹

Como postulado ou princípio, o afeto foi assimilado pelo ordenamento jurídico e à família do idoso não poderia ficar indiferente. Assim, é possível que o idoso, residente em entidades de acolhimento, forme uma entidade familiar. Não se pode presumir a ausência de nascimento de afeto entre os integrantes ou moradores de entidades de acolhimento de pessoas idosas.

Atualmente, um idoso analfabeto pode realizar contrato de empréstimo bancário, mas sua digital deve vir acompanhada da assinatura de um integrante de sua família. Nesse contexto, é relevante ter em consideração essa ideia de família ampliada, fundada não somente nos laços consanguíneos, mas de afetividade. É plenamente possível que um integrante de uma entidade de acolhimento assine ao lado do idoso analfabeto o qual considera essa pessoa como sua família. Solução que não prestigia o direito à plena informação e esclarecimento do consumidor idoso e analfabeto.

¹⁴⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem: “Ora, se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos. [...]. Ninguém é obrigado a gostar, a nutrir afeto por outra pessoa, mesmo que seja de sua própria família. Daí a fácil e serena conclusão de que o afeto não tem força vinculante, normativa”. (FARIAS; ROSENVALD, op.cit., 2014, p.64-65). Romualdo Baptista dos Santos reconhece a característica da espontaneidade do afeto, entretanto distingue o comportamento afetivo do comportamento pró-afetivo, como forma de compatibilizar a necessidade de proteção do valor jurídico afetividade pelo Direito e tornar o comportamento pró-afetivo uma obrigação jurídica. Para esse autor: “Em suma, *comportamento afetivo* é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo da pessoa no momento da sua manifestação. *Comportamento pró-afetivo* é aquele tendente a possibilitar o surgimento e o desenvolvimento dos laços de afetividade, ainda que não correspondam aos estados afetivos ostentados no momento da prestação”. E continua: “Portanto, é razoável concluir que o Direito, conquanto não possa exigir diretamente a afetividade como obrigação jurídica, pode alcançar essa finalidade de maneira indireta, impondo aos indivíduos condutas que induzam a manifestação dos afetos”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.123 e 125).

¹⁵⁰ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald seguem essa orientação de considerar o afeto como um postulado. (FARIAS; ROSENVALD, op.cit., p.65).

¹⁵¹ Isa Gabriela de Almeida Stefano e Oswaldo Peregrina Rodrigues entendem que o afeto constitui um princípio jurídico constitucional implícito. Para eles: “Pode-se afirmar a presença de um princípio constitucional implícito que é o da afetividade, através dele a interpretação do conceito de família deve ser amplo. Ela passou a ser reconhecida como um grupo social fundado essencialmente na afetividade”. (STEFANO; RODRIGUES, op.cit., p.249).

Essa solução legislativa é responsável por criar uma ficção de que esse membro da família informou o idoso analfabeto e esclareceu suas dúvidas sobre a realização do empréstimo e suas cláusulas. Ficção essa que vem se mostrando inócua, já que muitas vezes aquele que assina ao lado do idoso é analfabeto funcional ou não compreende questões simples do trato cotidiano. Logo, essa regra tem se mostrado ineficaz à proteção do idoso analfabeto e ao esclarecimento de suas dúvidas.

1.5.4. A personalidade jurídica do idoso e analfabeto

Toda pessoa¹⁵² é sujeito de direitos e, portanto, apresenta personalidade jurídica. Com o idoso analfabeto não é diferente. Ele é pessoa e, portanto, detentor de personalidade jurídica. Essa concepção de personalidade, relacionada à pessoa, marca a doutrina desde os tempos mais remotos.

A pessoa não está só, mas inserida numa comunidade, na qual interage e participa de inúmeras relações jurídicas. Essas relações jurídicas traduzem a interação do homem com um objeto¹⁵³ ou do homem com outros indivíduos relacionando-se e titularizando direitos e obrigações. Nesse fato reside a grande importância do conceito de personalidade.

Nesse contexto, na qual se enfatiza a noção de pessoa como participante de relações jurídicas, é que se reconhece todo ser humano como indivíduo apto a assumir obrigações e conquistar direitos na órbita civil. Assim, a todo ser humano é atribuída personalidade jurídica.

¹⁵² A origem da palavra pessoa é identificada no latim *persona*, de *personare*, o qual significa ressoar e representava as máscaras usadas pelos atores romanos em suas representações teatrais. Pessoa era o nome atribuído às máscaras utilizadas pelos atores romanos, nas apresentações de teatro. Estas máscaras tinham uma abertura e um revestimento metálico na região da boca que aumentava o tom da voz. Por seu turno, Washington de Barros Monteiro esclarece que a “pessoa” apresenta três acepções: vulgar, filosófica e jurídica. Na acepção vulgar a pessoa seria sinônimo de ser humano; na filosófica, a pessoa é o ente que pratica atos de forma consciente; na jurídica, a pessoa é o sujeito de direito, todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.1 São Paulo: Saraiva, 1968, p.58-59).

¹⁵³ “Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”. (BEVILÁQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1929, p. 80). Portanto, esse autor reconhece: “Assim a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”. (BEVILÁQUA, op.cit., p. 81). Para Nelson Rosenvald, “A ideia de personalidade se vincula à titularidade. Em cada relação jurídica a atuação do homem é delimitada por um personagem que atua frente a um objeto. Não há ‘gente’, de carne e osso: Nelson, Cristiano, Wanessa ou Gabriela, mas somente o agente, centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai”. (ROSENVALD, op.cit., p.144).

Dessa maneira, a partir da constatação da personalidade irradiam-se direitos¹⁵⁴, mas não é a personalidade jurídica que determina seu reconhecimento. Os direitos atribuídos a todo indivíduo derivam da condição humana.¹⁵⁵ É por esta razão que não se pode limitar os direitos do idoso, restringindo sua participação na vida cotidiana, levando em consideração apenas o critério objetivo da sua idade.¹⁵⁶ Dessa forma, mesmo constatado que

¹⁵⁴ Roberto de Ruggiero traz que “a personalidade não constitui um direito subjetivo, mas é fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos”. (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6.ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português por Ary dos Santos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p.376).

¹⁵⁵ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano, um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999, p.33. Neste mesmo sentido de que o conceito de personalidade jurídica não é fabricado pela ordem jurídica, mas sim um conceito natural atribuído a todo homem. Diogo Leite de Campos afirma: “Qualquer norma que se refira à personalidade jurídica não é constitutiva: não é mais do que o reconhecimento de um direito”.¹⁵⁵ (CAMPOS, Diogo Leite de. A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista). **Revista Del Rey**, ano 9, nº17. Minas Gerais: Del Rey, jan.-jul.2007, p.26). Stela Marcos de Almeida Neves Barbas: “Com efeito, a personalidade jurídica não é fabricada, construída, produzida pela ordem normativa. A ordem normativa limita-se a reconhecer essa mesma personalidade como um direito inato que caracteriza, desde logo, toda e qualquer pessoa. A personalidade é um atributo inerente à própria natureza da pessoa e o seu reconhecimento consubstancia um direito do ser humano”. (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007, p.237). Em sentido diverso Maria de Fátima Freire de Sá reconhece na personalidade um “atributo jurídico” e não natural na medida em que a mesma está dependente da legislação, responsável por reconhecer “a existência, a forma, a extensão e a força ativa”. (SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e o direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.16).

¹⁵⁶ REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 678.112 MINAS GERAIS RELATOR: MIN. LUIZ FUX RECTE. (S): ADEMIR DOS SANTOS FERREIRA ADV. (A/S): RODRIGO DUMONT DE MIRANDA E OUTRO (A/S) RECD. (A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL. POLICIAL CIVIL. ARTIGO 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barboza e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barboza e Cármen Lúcia. Supremo Tribunal Federal. Decisão sobre Repercussão Geral ARE 678112 RG/MG Rel. Min.Luiz Fux. Manifestação sobre a Repercussão Geral 25/04/2013 PLENÁRIO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 678.112 MINAS GERAIS MANIFESTAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL. POLICIAL CIVIL. ARTIGO 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Decisão: Cuida-se de agravo nos próprios autos contra decisão que inadmitiu o processamento do Recurso Extraordinário, que restou assim ementado: APELAÇÃO CIVIL AÇÃO DECLARATÓRIA CONCURSO PÚBLICO AGENTE POLICIAL POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS CURSOS DE FORMAÇÃO LIMITE DE IDADE RAZOABILIDADE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. É vedado à Administração estabelecer requisitos diferenciados de admissão em cargos públicos que tenham por motivos: o sexo, a idade, a cor ou o estado civil. Exceção à proibição se dá, quando, em razão das especificidades do cargo e das atribuições conferidas ao servidor, a discriminação seja justificável e, por óbvio razoável (Súmula 683 STF). A Lei estadual n. 5.406, de 1969, em sua redação vigente à época da publicação e realização do certame, portanto, anterior à Lei Complementar n. 113, de 2010, dispunha em seu artigo 80, II, que o aspirante deveria ter entre 18 (dezoito) e 32 (trinta e dois) anos para efetuar a matrícula em curso oferecido pela Academia de Polícia Civil de Minas Gerais. O limite etário estabelecido pela legislação mineira afigura-se razoável, tendo em vista a natureza do cargo de Agente de Polícia, cujas atribuições estão definidas no artigo 4º da Lei Complementar estadual nº84, de 2005. Noticiam os autos que o ora recorrente ajuizou Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, arguindo incidentalmente inconstitucionalidade de dispositivo legal, alegando ser desrazoável a limitação de idade para ingresso no cargo de agente de polícia, visto que foi devidamente aprovado nos testes Biomédicos e Biofísicos. O juízo monocrático de origem julgou improcedentes os pedidos do autor. Em sede de apelação a sentença foi mantida. O ora recorrente interpôs recurso extraordinário, ao qual foi negado seguimento. Agravada a decisão denegatória de seguimento do apelo extremo, subiram os autos a esta Suprema Corte. Irresignado com o teor do acórdão prolatado pelo Tribunal a quo, o recorrente aponta violação aos artigos 3º, IV, 5º, *caput*, 7º, XXX, e 39, da Constituição Federal, e à Súmula 683 do STF. Sustenta, em síntese, que não é razoável impedi-lo de frequentar o curso de formação, tendo em vista que fora aprovado em todas as etapas do concurso. Verifico que há relevância jurídica no presente tema limite etário para ingresso em carreira policial, que transcende os interesses subjetivos da causa. O artigo 7º, XXX, da

com o avançar da idade, muitas vezes, começam a surgir limitações físicas e psíquicas, elas não importam em qualquer diminuição na personalidade ou na capacidade do idoso analfabeto, fora das hipóteses enunciadas no Código Civil.¹⁵⁷

Prova disso é que o Supremo Tribunal Federal no ARE 678112 RG/MG confirmou a Súmula 683 do STF¹⁵⁸ para decidir pela constitucionalidade da limitação de idade para ingresso em concurso público quando justificadas pelas atribuições do cargo a serem exercidas pelo servidor. No julgado, o Ministro Luiz Fux esclarece que vige como regra a proibição de o edital restringir o acesso ao concurso público em razão do sexo, idade, cor ou estado civil. Entretanto, essas restrições podem existir pelas especificidades do cargo, justificadas pelo postulado da razoabilidade, diante da excepcionalidade e especificidade da restrição de idade ao exercício da função de policial civil.

Maria Helena Diniz classifica a personalidade jurídica distinguindo-a em formal e material. Segundo essa autora, o nascituro apresenta apenas personalidade jurídica formal, já que, para ela, os seus direitos estão em estado potencial. Por sua vez, a personalidade jurídica material é aquela que se alcança com o nascimento da pessoa, através da qual são conferidos direitos patrimoniais e obrigacionais ao indivíduo.¹⁵⁹ Seria, pois, o idoso titular de personalidade jurídica material de acordo com essa classificação.

O Código Civil brasileiro não faz essa distinção de personalidade jurídica formal e material e, em seu artigo 1º, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, para a codificação civilista brasileira toda pessoa humana é dotada

Constituição Federal dispõe: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. *In casu*, o artigo 80, II, da Lei Estadual nº5.406/69, dispõe que a matrícula em curso da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais deve ter no mínimo 18 (dezoito) anos e no máximo 32 (trinta e dois) anos. No entanto, a Lei Complementar nº113/2010 alterou a redação do referido dispositivo, suprimindo a exigência de idade máxima, *in verbis*: Artigo 80 – São requisitos para matrícula em curso da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais: II – ter no mínimo dezoito anos; insta saber se é razoável ou não limitar idade para ingressar em carreira policial, a par da aprovação em testes médicos e físicos. Com efeito, o Supremo tem entendido, em casos semelhantes, que o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido [...]. Nesse mesmo sentido, o teor do Enunciado nº683 da Súmula da jurisprudência dominante neste Pretório Excelso: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovemento do recurso. *Ex positis*, manifesto-me pela existência de repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência sobre o tema (artigo 543-A, §1º, do CPC c/c artigo 322, parágrafo único do RISTF). (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 out.2015).

¹⁵⁷ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. Artigo 4º do Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigios”.

¹⁵⁸ Súmula nº683 do STF: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 out.2015).

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.661-662.

de personalidade e, por conseguinte, tem aptidão para exercer direitos e satisfazer obrigações.¹⁶⁰ No mesmo sentido do Código Civil, a Lei nº10.741/2003, em seu artigo 2º¹⁶¹, confere ao idoso pleno gozo de seus direitos fundamentais, decorrentes da condição de pessoa humana.

Partir da premissa de que o idoso goza de todos os direitos e garantias inerentes à pessoa humana de qualquer idade é fundamental para compreender que ele é sujeito de direitos, como todos os indivíduos, e que a faixa etária por si só não pode consistir em limitação ao exercício da sua personalidade. Ocorre que essa premissa não importa em vedação à existência de regras e princípios, os quais fundados na ideia de cuidado criem distinções em razão da condição de pessoa idosa acrescida da vulnerabilidade social, econômica ou situação de risco.¹⁶²

É comum constatar que a legislação em algumas hipóteses, com o suposto argumento de proteger a pessoa idosa, limita o seu exercício de direitos, fundada única e exclusivamente na idade do indivíduo, o que carece de fundamento constitucional.¹⁶³ Ressalte-se que a inconstitucionalidade reside na limitação de direitos em função apenas da idade. Assim, a restrição de direitos por conta da vulnerabilidade, seja essa de qualquer natureza, não representa afronta ao sistema jurídico constitucional. A limitação da autonomia do consumidor idoso analfabeto está ancorada na sua vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e social.

1.5.5. A capacidade jurídica do idoso e analfabeto no Código Civil brasileiro e no Estatuto do Idoso. Sua necessária distinção com a legitimidade

Enquanto a personalidade jurídica é atribuída a toda pessoa, a capacidade jurídica pode sofrer restrições. Ser capaz significa estar apto para exercer por si, os direitos

¹⁶⁰ Esclarece Nelson Rosenvald que: “A personalidade é um dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo direito. Já a capacidade é concedida pelo ordenamento, variável em graus, sujeita, portanto, aos humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade”. (ROSENVALD, op.cit., p.147).

¹⁶¹ Artigo 2º : “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 20 out.2015).

¹⁶² Essa mesma ideia é abraçada por Isa Gabriela de Almeida Stefano e Oswaldo Peregrina Rodrigues: “A pessoa idosa ostenta os mesmos direitos, garantias, interesses, deveres e obrigações inerentes a todo e qualquer cidadão de outra faixa etária, sendo-lhe peculiar, o que é compreensível, uma especial preservação e integral proteção de seus interesses em determinadas e específicas situações, fáticas e jurídicas, as quais enfocam sua condição primordial de análise, qual seja, sua idade, somada à situação de risco, pessoal ou social, que possa se encontrar”. (STEFANO; RODRIGUES, op.cit., p.241).

¹⁶³ DIAS, op.cit., p. 376; e LÔBO, op.cit., 2008, p. 299. Vide artigo 1641, II, do Código Civil brasileiro.

e obrigações que lhes são atribuídos. Por esta razão, comumente se define que a capacidade jurídica é limitada e representa a medida da personalidade.¹⁶⁴ Assim, para ser “pessoa” basta que o homem exista, e, para ser “capaz”, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. Verifica-se, portanto, que personalidade e capacidade jurídica são conceitos distintos, mas que se entrelaçam.

A capacidade de gozo e a capacidade de exercício encontram-se inseridas no conceito de capacidade jurídica.¹⁶⁵ Para realizar essa distinção, a doutrina costuma afirmar que a todo ser humano é atribuída a capacidade de gozo.¹⁶⁶ De outro modo, a capacidade de exercício não é atribuída pelo simples fato de ser pessoa, é preciso mais. Para possuir capacidade de exercício, o indivíduo deve ter aptidão para sozinho realizar atos e negócios jurídicos. De acordo com o conceito esposado, o conceito de capacidade de gozo se assemelha ao de personalidade jurídica.

É possível identificar duas acepções relacionadas a capacidade. A primeira é a de que, em regra, todas as pessoas são capazes, devendo as hipóteses de incapacidade serem expressas no texto de lei; e, a segunda, é que o seu conceito está intimamente relacionado à possibilidade de realização de atos jurídicos sem interposta pessoa. Essa última denominada por capacidade de exercício.¹⁶⁷

¹⁶⁴ André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria também realizam essa diferenciação: Personalidade, na terminologia jurídica, é a aptidão para ser sujeito ou titular de direito. Juridicamente, todo sujeito de direito é pessoa e toda pessoa é sujeito de direito. Capacidade é a maior ou menor extensão dos direitos de pessoa. Todos os homens são igualmente pessoa, mas não têm todos igual capacidade. (MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira e. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953, p.69). Stela Barbas descortina esta distinção entre a personalidade e a capacidade jurídica: “A personalidade é um princípio, um valor ético que emana, que é intrínseco à própria pessoa. A capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico: é a medida da personalidade”. (BARBAS, op.cit., p.220). Marcos Bernardes de Mello pontua: “A capacidade jurídica é genérica. Há, no entanto, com conteúdo dela, capacidades específicas, dentre as quais está a capacidade para exercer, pessoalmente, os direitos e praticar os atos jurídicos necessários (=capacidade de agir, ou de exercício). Como instrumento protectivo das pessoas, os sistemas jurídicos estabelecem limitações à capacidade de agir, que se configuram na inaptidão (=incapacidade) para realizar, pessoalmente, atos jurídicos válidos”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da Validade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21). Resume Fernanda Paula Diniz: “A capacidade é a projeção da personalidade”. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 74).

¹⁶⁵ Roberto de Ruggiero identifica o conceito de capacidade jurídica ao de personalidade, distinguindo-os do de capacidade de agir: “Bem distinto da capacidade jurídica, cujo conceito coincide com o de personalidade, é a capacidade de agir, ou seja, a faculdade que o sujeito tem de praticar atos jurídicos e exercer os seus direitos”. (RUGGIERO, op.cit., p.373).

¹⁶⁶ Luiza Thereza Baptista de Mattos que “A capacidade de gozo de direitos, segundo a nossa legislação, é, portanto, imanente ao homem, que dela não pode ser privado pelo ordenamento jurídico”. (MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, abr.-jun.1990, p.30).

¹⁶⁷ É para o sistema jurídico, essa capacidade de exercício gera direitos, mas também deveres, não sendo possível o desfazimento do negócio jurídico por simples arrependimento unilateral, da parte plenamente capaz, fora da hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor, conforme delineado na seguinte decisão: AgRg no AREsp 501136/SC AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0084606-0. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento 23/10/2014. Data da publicação/Fonte DJe 30/10/2014. Ementa AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA E DIREITO CIVIL. RESGATE. INSTITUTO JURÍDICO QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA MIGRAÇÃO, OU DA SIMPLES

A incapacidade para a prática destes atos constitui, pois, a exceção, e, como tal, precisa de regra expressa limitando a capacidade do agente. Não existindo norma expressa que limite a capacidade do sujeito não há que se falar em incapacidade para a prática de atos jurídicos. Há doutrinadores¹⁶⁸ que realizam uma distinção entre a capacidade genérica (entendida enquanto medida da personalidade) e a capacidade específica (denominada legitimidade). Para realizar determinado ato específico ou mesmo um contrato, o indivíduo precisa gozar de legitimidade. Na falta de legitimidade o negócio jurídico é nulo, por lhe faltar solenidade essencial, exigida por lei, à sua realização.

Atualmente, o legislador brasileiro, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringiu bastante as hipóteses de incapacidades o que vai ao encontro da ideia de promoção da independência do indivíduo.

O idoso analfabeto, além de possui personalidade, detém capacidade jurídica, pois não basta ser idoso para perder a capacidade em nosso sistema. Assim, a pessoa idosa

PORTABILIDADE. A SÚMULA 289/STJ LIMITA-SE A DISCIPLINAR O INSTITUTO JURÍDICO DO RESGATE, QUE É INSTITUTO MEDIANTE O QUAL HÁ DESLIGAMENTO DO PARTICIPANTE DO REGIME JURÍDICO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ANTES MESMO DE AUFERIR OS BENEFÍCIOS PACTUADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM MIGRAÇÃO PARA OUTRO PLANO DE BENEFÍCIOS, FACULTADA ATÉ MESMO AOS ASSISTIDOS. PACTUAÇÃO DE TRANSAÇÃO PREVENDO A MIGRAÇÃO PARA OUTRO PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO PELA MESMA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. MIGRAÇÃO QUE OCORRE EM UM CONTEXTO DE AMPLO REDESENHO DA RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA, CONTANDO COM A PRÉVIA ANUÊNCIA DO PATROCINADOR, CONSELHO DELIBERATIVO (ÓRGÃO INTERNO INTEGRADO POR PARTICIPANTES, ASSISTIDOS E REPRESENTANTES DO PATROCINADOR DO PLANO) E DO ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL FISCALIZADOR. TRANSAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO CIVIL QUE ENVOLVE A CONCESSÃO DE VANTAGENS RECÍPROCAS. ANULAÇÃO DA TRANSAÇÃO. NÃO PODE SE DAR POR MERO ARREPENDIMENTO UNILATERAL DE PACTUANTE DOTADO DE PLENA CAPACIDADE CIVIL. NECESSIDADE, DE TODO MODO, DE DESFAZIMENTO DO ATO E RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE, NÃO PODENDO RESULTAR EM ENRIQUECIMENTO A NENHUMA DAS PARTES. CDC. REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES QUE BUSCAM CONFERIR IGUALDADE FORMAL-MATERIAL AOS INTEGRANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA, E NÃO A COMPACTUAÇÃO COM EXAGEROS. AINDA QUE AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS TENHAM ENTENDIDO PELA INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CDC, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO ARTIGO 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. ADEMAIS, PARA O DESFAZIMENTO DA TRANSAÇÃO, POR SER MODALIDADE CONTRATUAL DISCIPLINADA PELO CÓDIGO CIVIL, AINDA QUE SE TRATE DE RELAÇÃO DE CONSUMO, DEVE SER SEMPRE OBSERVADA A PECULIAR DISCIPLINA DETERMINADA PELO DIPLOMA CIVILISTA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ, EM VISTA DO JULGAMENTO DO AgRg no AREsp 504.022/SC, AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO.

¹⁶⁸ FACHIN, op.cit., 2013, p. 214. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – teoria geral – contratos**. IV, t.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.58. MELLO, op.cit., p. 31-33. Salienta Marcos Bernardes de Mello: “A legitimação diz respeito ainda ao poder de endividamento com comprometimento do patrimônio. Somente quando há legitimação o patrimônio responde pelas dívidas contraídas pelas pessoas. [...] Como se pode concluir, legitimação nada tem que ver com capacidade. Quem é capaz pode não ter legitimação, como, ao contrário, quem tenha legitimação pode ser incapaz”. (MELLO, op.cit., p. 31-33). Conforme ensina Itamar Gaino: “Por outro lado, a legitimação consiste no preenchimento de exigência legal específica para a prática de determinado negócio jurídico”. (GAINO, Itamar. Requisitos do negócio jurídico. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 142).

é presumivelmente capaz. Mas, dizer que o idoso tem capacidade, não significa dizer que, em situações específicas não seja possível lhe conferir uma tutela jurídica diferenciada.¹⁶⁹

Ao contemplar o princípio da isonomia, nossa ordem constitucional contempla a diferença, mas não descarta do fato de que os indivíduos diferentes, qualificados pela vulnerabilidade, demandam uma tutela diferenciada para alcançar a igualdade substancial.¹⁷⁰

Apesar disso, o Código Civil em seu artigo 1.641, II, com a finalidade de proteger o idoso maior de 70 anos dos famigerados golpes do baú, cria uma “presunção absoluta” simplesmente em razão da sua idade avançada, como se em razão desta o idoso passasse a não distinguir entre o amor e o interesse patrimonial e deixasse de valorizar o afeto dos filhos em razão da atual companheira. Esta norma é ofensiva à autonomia existencial do idoso e eivada do vício da inconstitucionalidade.¹⁷¹

Não se defende a incapacidade do idoso analfabeto, até porque a moderna teoria das incapacidades sugere a necessidade de uma autonomia do idoso que lhe permita a prática de atos, inclusive, relacionados ao exercício de sua personalidade.¹⁷² Entretanto, uma restrição na legitimidade do idoso analfabeto não se apresenta inviável juridicamente.

¹⁶⁹ Nesse sentido Pietro Perlingieri “A inexistência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a inexistência de problemas ligados ao idoso como portador de interesses, caso a caso, especiais e merecedores de proteção e de promoção”. (PERLINGIERI, op.cit., p.168).

¹⁷⁰ Com esse mesmo entendimento Rogério Ferraz Donnini: “Para sua constante adaptação à realidade social é mister, muitas vezes, a interferência do Poder Público para que a base do negócio jurídico, que deve estar pautada na idéia de comutatividade e na boa-fé objetiva, seja preservada”. (DONNINI, op.cit., 2004, p.53). E também Cristiano Heineck Schmitt: “Uma sociedade igualitária requer o direito ao respeito de todo ser humano, considerando-se as suas potencialidades, como também as suas limitações, especialmente aquelas advindas com o avanço da idade”. (SCHMITT, op.cit., p. 3).

¹⁷¹ Segue esta linha: ROSENVALD, op.cit., p.151. Com esse entendimento, Paulo Lôbo defende a inconstitucionalidade da imposição obrigatória do regime de bens em razão da idade: “Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299). Para Fernanda Paula Diniz: “Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo”. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 132).

⁴⁹² 70064572027. Órgão Julgador: 15ª Câmara Cível. Comarca de Origem: Comarca de São Borja. Relator Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO ILÍCITO C/C DANOS MORAIS. CONTRATOS BANCÁRIOS. O fato de a autora ser analfabeta não lhe retira a capacidade para os atos civis. Não demonstrado, pois, vício de consentimento, não há falar em nulidade dos empréstimos celebrados. DEVOLUÇÃO DE VALORES PELA REQUERIDAS EVELIN E EVA. Ausente prova de que as requeridas Evelin e Eva tenham, de fato, retido os valores relativos aos empréstimos contratados pela autora, improcede o pedido de repetição a elas direcionado. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. Conjunto probatório que demonstra a prática de atos, pelas requeridas Evelin e Eva, que causaram prejuízos e abalos extrapatrimoniais à autora. Dever de reparar reconhecido. Quantum indenizatório que vai mantido, conforme arbitrado em primeiro grau, em atenção à capacidade econômica das partes, atendendo adequada e razoavelmente a finalidade de reparar os danos e de punir os ofensores, sem causar enriquecimento ilícito ou implicar em punição irrisória. VERBA HONORÁRIA. Não verificada a inadequação alegada, no caso concreto, resta mantida a fixação dos honorários. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível nº70064572027, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, J.25-11-2015). J.25-11-2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016.

Impõe-se que se restrinja a pactuação de contratos bancários com repercussão patrimonial pelos idosos analfabetos.¹⁷³

Urge, pois, que se crie uma regra específica para limitar a legitimidade do idoso analfabeto para a prática de contratos de créditos bancários como uma necessidade social imperativa dos tempos modernos, sobretudo, nos recônditos municípios brasileiros.

Pode, portanto, o idoso analfabeto locar um imóvel de sua propriedade e ser locatário, comprar e vender, arrendar e ser arrendatário, ceder, doar e receber em doação e realizar todos os demais negócios jurídicos. Assim, ao defender a necessidade de uma assistência ao idoso analfabeto para o seu esclarecimento dos contratos de empréstimo, não se afirma que a sua capacidade seja limitada, mas que apenas para a prática desses atos, urge tomar providência no sentido de proteger esses vulneráveis, sobretudo por conta da repercussão social que esses casos vêm gerando.

Frise-se que a proteção diferenciada dispensada ao idoso analfabeto, através de assistência durante as tratativas e pactuação do empréstimo bancário, não está fundada apenas no critério etário, mas no fato deste indivíduo não apresentar o discernimento necessário para ler, compreender e comparar cláusulas contratuais que irá se submeter e comprometer parte de seu patrimônio.¹⁷⁴ Sua vulnerabilidade é patente. Essa proteção não

¹⁷³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Número: 70066794736. Órgão julgador: Sétima Câmara Cível. Tipo de Processo: Apelação Cível. Comarca de Origem: Veranópolis. Seção: Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Ementa: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CESSÃO DE DIREITOS. O analfabetismo, conquanto não seja causa de incapacidade, faz concluir, no caso, a ocorrência de erro apto a anular a cessão gratuita de direitos hereditários. A cessão gratuita de direitos hereditários, que constitui a totalidade dos bens do cedente, caracteriza, por analogia, doação sem reserva de bem para a subsistência do doador – cedente, incabível, portanto. RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível nº70066794736, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, J.02-12-2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

¹⁷⁴ PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ
2ª TURMA RECURSAL – PROJUDI Autos nº0000493-81.2015.8.16.0049 Recurso: 0000493-81.2015.8.16.0049. Classe Processual: Recurso Inominado Assunto Principal: Contratos Bancários
Recorrente (s): CONCEIÇÃO APARECIDA DE ANICESIO SILVA Banco Daycoval S/A
Recorrido (s): Banco Daycoval S/A CONCEIÇÃO APARECIDA DE ANICESIO SILVA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO NÃO REALIZADO PELA RECLAMANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO POR PARTE DO RECLAMADA DA REGULARIDADE DO CONTRATO. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA. RECLAMANTE ANALFABETA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE A FIM DE SE EVITAR FRAUDE. DANO MORAL CONFIGURADO. ARBITRADO EM R\$ QUANTUM 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). MAJORAÇÃO POSSÍVEL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Recurso autor provido. Recurso réu desprovido. [...] A reclamante é pessoa analfabeta e, portanto, depende de maiores formalidades na realização de contratos, com o fito de se evitar fraudes, o que não foi observado pelo reclamada. Em que pese haver assinatura de duas testemunhas, a reclamada contudo, deixa de demonstrar nota elucidando a leitura do contrato a reclamante, bem como não comprova que a representação foi feita por procurador legalmente constituído, já que não há qualquer documento demonstrando que os assinantes são de fato representantes da reclamante. A necessidade de formalidade mais rigorosa para contratantes analfabetos serve para resguardar pessoas menos favorecidas de possíveis

ofende a Constituição Federal brasileira de 1988, primeiramente pelo fato da vontade do idoso analfabeto sempre prevalecer, exigindo-se apenas que seja informado amplamente acerca do contrato; e, segundo, porque essa exigência não está fundada na idade do idoso, mas na necessidade de informação, lealdade e boa-fé entre as partes contratantes.

É necessário que na legislação específica (Estatuto do Idoso) exista a previsão dessa assistência pelo Ministério Público ao idoso analfabeto. Essa assistência não tem o condão de impedir a realização do empréstimo pelo idoso, mas apenas de informá-lo sobre as cláusulas do contrato. E o Ministério Público, como instituição legitimada a tutelar os direitos dos idosos, goza de atribuição para o exercício desse *mister*. Assim, essa assistência também não impede a revisão desses contratos por onerosidade excessiva ou pela teoria da quebra da base do negócio jurídico.

1.5.6. O consumidor idoso e analfabeto e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

No Brasil, diversas leis conceituam a pessoa com deficiência. O decreto nº. 3.298/99 definiu, no seu art. 3º, I, a deficiência como a perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que cause a incapacidade para exercer atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Esse mesmo decreto distingue as situações de deficiência permanente e incapacidade. Consta no artigo 3º, II que deficiência permanente é a que ocorreu ou se estabilizou em um lapso temporal suficiente para não permitir recuperação, mesmo diante de novos tratamentos. O último inciso desse mesmo artigo conceitua a incapacidade como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios

fraudes, onerando ainda mais sua condição. Esse é o entendimento pacífico deste colegiado: DEMANDA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. AUTOR IDOSO E ANALFABETO. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE NOTA AFIRMANDO A LEITURA DOS TERMOS DO DISPONIBILIZAÇÃO DO VALOR E CONTRATO AO AUTOR. NULIDADE. SAQUE EM FAVOR DE TERCEIRO FRAUDADOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DOS DESCONTOS. RESTITUIÇÃO DOS VALORES ABATIDOS DA APOSENTADORIA DO AUTOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 1213, B, DA TRU/PR. SENTENÇA (TJPR. 2ª Turma Recursal. RI 1819-78.2012.8.16.0147. Juiz REFORMADA. Rel.: Marco Vinicius Schiebel. DJ 13/02/2014) grifos nossos. [...]. No que tange ao indenizatório, deve o valor estipulado atender de quantum forma justa e eficiente a todas as funções atribuídas à indenização: ressarcir a vítima pelo abalo sofrido (função satisfativa) e punir o agressor de forma a não encorajar novas práticas lesivas (função pedagógica). Tomando-se por base aspectos do caso concreto, entendo que o valor arbitrado em sentença (R\$ 6.000,00 seis mil reais) não deve ser minorado e sim majorado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, observadas as circunstâncias do caso em concreto, em especial, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, acrescido de juros moratórios nos mesmos moldes da sentença. Portanto, o recurso interposto pela parte autora merece provimento e o recurso da ré deve ser negado o provimento. [...]. Curitiba, 15 de setembro de 2015. Marcelo de Resende Castanho – Juiz Relator.

ou recursos especiais para que a pessoa com deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade. Por sua vez, a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, promulgada pelo decreto federal nº 6.959/09, logo no artigo 1º, trouxe expresso o conceito de pessoas com deficiência como aquelas com impedimentos físico, mental, intelectual ou sensorial, de longo prazo, que, em interação com algumas barreiras, causam o impedimento de sua participação plena na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁷⁵

Verifica-se, pois, que o conceito enunciado no artigo primeiro da Convenção Internacional deixa patente que as pessoas com deficiência compõem um grupo de vulneráveis. No mesmo sentir, o estatuto da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/2015), no artigo 5º, parágrafo único esclarece que as pessoas com deficiência são consideradas especialmente vulneráveis.

Por integrarem um grupo de pessoas especialmente vulneráveis, as pessoas com deficiência submetem-se ao regime de incapacidades com a finalidade de resguardar seus direitos, mas preservando sua autonomia.¹⁷⁶ Atualmente, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência passa-se a conferir maior autonomia a esse sujeito de direitos, ficando expresso, no seu artigo 6º, que a deficiência não impede o casamento, a constituição de união estável, o exercício de direitos sexuais e reprodutivos, a escolha sobre o número de filhos, o acesso à informação sobre o planejamento familiar, a conservação de sua fertilidade, a proibição de esterilização compulsória, o direito à família, à convivência familiar e comunitária e o exercício da guarda, tutela, curatela e adoção, sem distinção em relação às demais pessoas em razão de sua condição de pessoa com deficiência

Cumprido salientar que, em relação aos analfabetos e aos idosos, apesar de vulneráveis, não são incapazes e não estão sujeitos ao regime das incapacidades, mas são sujeitos de direitos com especial proteção. Distingue-se, pois, vulnerabilidade de

¹⁷⁵ Sobre a abrangência do conceito de deficiência, Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto criticam a tentativa do legislador em trazer um conceito fechado em nome da segurança jurídica, pois segundo esses autores, deixou de albergar determinadas pessoas que, por algum motivo, podem merecer enquadramento no conceito de pessoa com deficiência. Para eles a conceituação pela norma legal terminou por excluir, indevidamente, outras tantas e indeterminadas possibilidades. (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.219-220).

¹⁷⁶ Antes da chegada do estatuto da pessoa com deficiência havia severas críticas ao regime de incapacidades do Código Civil de 2002, por não proporcionar autonomia a esses indivíduos e não distinguir os diferentes níveis de deficiência, adequando-os na classificação quanto à incapacidade relativa e absoluta apenas. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 76).

incapacidade. O consumidor idoso e analfabeto é vulnerável, mas não é necessariamente incapaz.

Assim como as pessoas com deficiência podem ser postas em curatela, com a finalidade protetiva, os indivíduos que ostentam a característica do analfabetismo, não por serem incapazes, mas em face de sua vulnerabilidade, precisam de um regime de tutela própria que lhes garanta assistência na pactuação dos contratos, sobretudo os que demandem maior compreensão técnica. Como se trata de uma regra restritiva da autonomia do analfabeto há necessidade de previsão legal. Caso se trate de um indivíduo analfabeto, a saída seria a constituição de um procurador para a prática desses atos. Em si tratando de pessoa idosa e analfabeta, a possibilidade de um procurador constituído para a prática desses atos não retira a legitimidade do Ministério Público.

O que se nota é que, mesmo com a nomeação de um procurador, o idoso analfabeto não vem sendo esclarecido acerca do teor dos contratos que assina, e que geram grande repercussão em seu patrimônio.

2. DIREITO, MORAL, ÉTICA, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS. SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS À INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS REALIZADOS COM A PESSOA IDOSA E ANALFABETA

2.1. O Direito, a moral e a ética: uma conexão necessária a uma interpretação voltada à proteção da pessoa vulnerável

A palavra Direito possui diversos significados, mas no contexto deste trabalho essa nomenclatura identifica a ciência cujo instrumento é o sistema jurídico e que deve se voltar para as pessoas, possibilitando sua proteção e a convivência entre estas, razão pela qual foi criado. Afirmar que o Direito trabalha com o sistema jurídico, é afirmar que o seu instrumento são as regras, os princípios e os postulados. Portanto, o objeto do Direito consiste no estudo das normas.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Norberto Bobbio sintetiza: “Com isso, entendo que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e aprender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 5.ed. São Paulo: Edipro, 2012, p.25). Neste mesmo sentido, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: “Expressão pensada da ordem jurídica, a qual, por seu turno, se liga à ordem social, o sistema é possível porque a sociedade – logo organização humana – existe. Não é um mero conjunto resultante da soma dos seus elementos básicos individualizados: tem existência própria, dada pela estabilidade do conjunto, expressa na repetição das suas manifestações e é, ele próprio, constituinte; integra, aliás, a Ciência do Direito”. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p.32).

A necessidade de convivência entre as pessoas e de existência de regras prévias aos conflitos, conferindo segurança à população a respeito da conduta acertada em cada situação vivenciada, mostrava a imprescindibilidade do surgimento do Direito, ciência cuja função principal era compor essas necessidades dos indivíduos nascidas pela coexistência em sociedade.

O Direito, como uma necessidade que surge para estabilizar a sociedade, permitindo a convivência social¹⁷⁸, também está bastante associado ao conceito de política e de poder¹⁷⁹. Isto, porque, o Direito é formado pelo trabalho e pelo diálogo daqueles que exercitam a política; e, é através dela, que se faz a divisão de poder, nas sociedades modernas.¹⁸⁰

Leonardo Boff chega a sustentar que as sociedades normalmente se ancoram num tripé formado pela economia, pela política e pela ética. E dentro da importância da política, ressalta o nascimento das instituições de pacificação social e a distribuição do poder. Segundo esse autor, a ética estaria sempre presente por ser própria do espírito humano.¹⁸¹

Essa relação entre Direito e Poder é sempre muito presente.¹⁸² Para Michel Foucault essa conexão se mostra ainda mais forte, na medida em que, inicialmente, teria o

¹⁷⁸ Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, na era moderna, “o direito reduz-se a um fabricar, *jus* é igual a *lex*, meio para atingir certos fins (paz, segurança, bem-estar)”. (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014, p.67). Vicente Ráo enfatiza o surgimento do Direito como uma necessidade de coexistência social, mas esclarece que essa não é bastante: “O direito, entretanto, não se satisfaz com a simples possibilidade da comunhão humana, isto é, não se satisfaz com a simples possibilidade da coexistência social. Não é essa a sua finalidade suprema, senão a de obter, por meio da coexistência social harmonicamente organizada, o aperfeiçoamento da coletividade mediante o aperfeiçoamento do indivíduo”. (RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2.ed. v.1. t.1. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 18).

¹⁷⁹ Sobre o poder, é interessante o paralelo que Elias Canetti faz entre força e poder x gato e rato. Para ele, ao capturar o rato, o gato submete-o a sua força, mas se propositalmente o solta deixa de submetê-lo a sua força, mas não ao seu poder, posto que poderá, quando desejar, ter a sua presa de volta. (CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 281).

¹⁸⁰ Nessa passagem de *Antígona*, se constata quão antiga é essa associação quando Ismene, estarecida com a ideia de *Antígona* em dar sepultamento a seu irmão, tenta convencê-la a cumprir o decreto de Creonte:

“Agora, restamos só nós duas; vê
Que morte miserável teremos, se à força da lei
e à decisão soberana do tirano nos opusermos.
Poe na cabeça isso, mulheres somos,
Não podemos lutar com homens.

Há mais, somos dirigidas por mais fortes,
Temos que obedecer a estas leis e a leis ainda mais duras”. (SÓFOCLES. **Antígona**. Traduzido do grego por Donald Schüller. São Paulo: L&PM Pocket, 1999, p.11).

¹⁸¹ BOFF, Leonardo. **A grande transformação na economia, na política e na ecologia**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.26.

¹⁸² Norberto Bobbio expõe com clareza essa íntima relação entre poder e Direito: “Ao dizer que o direito é fundado, em última análise sobre o poder, e entendendo por poder o poder coercitivo, isto é, o poder de fazer respeitar, ainda que recorrendo à força, as normas editadas, não dizemos nada de diferente daquilo que afirmamos repetidamente em relação ao direito como conjunto de regras com eficácia reforçada. Se o direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isto significa que um ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, isso é, sem um poder”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014, p.72).

Direito sido criado para servir de instrumento e justificação do poder real.¹⁸³ Entretanto, posteriormente, o mesmo Direito se apresenta como limite ao poder do rei e somente a partir da Idade Média passa a ser instrumento para conferir legitimidade ao poder, importando a criação do conceito de soberania.¹⁸⁴ Essa teoria, durante os séculos XVIII e XIX, desempenhou um papel importantíssimo como instrumento de crítica da monarquia além de possibilitar a criação de mecanismos de disciplina capazes de trazer veladas as técnicas de dominação, garantindo o exercício dos direitos dos soberanos em face do Estado.¹⁸⁵

Esse poder, quando exercido em uma relação contratual, submete a parte mais frágil à vontade da mais forte, reclamando uma intervenção legislativa com a finalidade de se reprimir ou evitar a ocorrência dos abusos e proteger o vulnerável.¹⁸⁶

E essa relação entre Direito e Poder tão enfatizada por Foucault, no nascimento e origem daquele, faz-se ainda mais forte e presente no momento mais crucial para o Direito: a sua interpretação. É por meio desta que se modifica, se cria e se dá vida às normas.¹⁸⁷

A atividade interpretativa pode ser estática ou dinâmica. A técnica da subsunção é enfatizada na interpretação estática, pois nesta os valores da certeza, da segurança e da previsibilidade são enfatizados. De outro modo, na atividade interpretativa dinâmica se volta para a adaptação das normas ao cotidiano alteradas diuturnamente, de maneira que a força está centrada na ponderação dos princípios.¹⁸⁸

E esse conflito a ser implicitamente decidido pelo intérprete, entre segurança e estabilidade *versus* criação e adaptação se reflete entre o que é correto (teorias deontológicas), na qual o foco é o agir em consonância com os princípios morais e as regras, e o que é bom (teorias teleológicas). Nessa última, a ideia de justiça é o tema principal.¹⁸⁹

Constata-se, pois, que ao conceito de Direito também se associam comumente às ideias de retidão, de ética, do socialmente aceito, do moralmente recomendável. Pois bem, já aí se nota um imbricamento entre essas concepções, responsável por trazer inúmeras inquietações aos estudiosos da filosofia do Direito e aos intérpretes das normas jurídicas.

¹⁸³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 29ª reimpressão. Rio de Janeiro: Graal, 2010, p.180.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.181.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 188.

¹⁸⁶ LÔBO, op.cit., 2013, p.161.

¹⁸⁷ Nas palavras de Tércio Sampaio: “Nesse quadro, na relação entre direito e poder adquire um papel decisivo o tema da interpretação jurídica”. (FERRAZ, Jr., op.cit., p.136). De maneira poética, Clovis Bevilacqua entende que: “Interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras”. (BEVILAQUA, op.cit., p. 48).

¹⁸⁸ FERRAZ, Jr., op.cit., 2014, p.139.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 139.

Esta inquietação foi responsável por fazer nascer inúmeras teses acerca da natureza do Direito, sua validade, legitimidade, eficácia social e pretensão de correção. Da mesma forma, a aproximação que o intérprete faz entre Direito, moral e ética possibilita maior ou menor abertura ao entendimento de uma regra e sua complementação com as convicções socialmente assimiladas pela sociedade.

Há diferenças marcantes entre o Direito, a moral e a ética, mas essas diferenças não significam que entre estes conceitos não existam conexões.¹⁹⁰ São vários os exemplos, inclusive históricos e outros atuais, que comprovam o enlace dos conceitos de moral, ética e Direito.

Em *Antígona*, o decreto de Creonte proibia que o corpo de Polinice recebesse sepultura ou lágrimas, devendo servir de “pasto para as aves”.¹⁹¹ Aquele que descumprisse essa regra seria condenado ao apedrejamento dentro da cidade. Mas *Antígona*, inconformada com o decreto de Creonte, convida sua irmã Ismene para descumpri-lo, chegando a argumentar que o decreto não teria força para separá-la do irmão e que jamais poderia ser acusada de traidora. Para convencê-la dirige as seguintes palavras à sua irmã: “É o que eu tinha a te dizer; mostrarás agora se és nobre ou se, embora filha de nobres, és vilã”¹⁹². Interessante notar que na concepção de *Antígona*, cumprir o decreto de Creonte transformaria sua irmã Ismene em vilã; cumprir a regra, neste caso, não é o correto, para *Antígona*, pois se espera de uma irmã a conduta de velar, chorar e cobrir de honras fúnebres o corpo do irmão, ao contrário da conduta exigida no decreto de Creonte.

Observa-se, pois, que em *Antígona* tem-se o confronto da lei, representada pelo decreto de Creonte, e o conceito de moral, de justo, do socialmente exigido. Ao questionar se o decreto é justo, volta-se o olhar para o íntimo de cada indivíduo, importando o que cada um considera como justo ou injusto.¹⁹³ E mais, na análise do que é justo ou injusto

¹⁹⁰ Em entendimento diverso Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao tratar do sentido pantécnico do mundo atual, esclarece: “De um lado, como a ideia de bem se torna relativa à perspectiva dos indivíduos, o subjetivismo da vontade se separa e se contrapõe ao objetivismo da ciência: é a separação entre consciência livre e verdade. De outro, a vinculação às normas da moral e da religião restringe-se à esfera das decisões (privadas: internas) da consciência, separando-se da vinculação objetiva às normas jurídicas: é a separação entre consciência moral e direito”. (FERRAZ, Jr., op.cit., p.84). Vicente Ráo salienta a conexão existente entre a moral e o Direito. Para esse autor: “Na verdade, se ambas têm por objeto atos humanos, uma, a Moral, os encara, por modo predominante, em seu momento interno, volitivo, ao passo que a outra, o Direito, os regula, precipuamente, quando se exteriorizam, isto é, quando revestem realidade física, não incidindo, aliás, na esfera do Direito, todos os atos humanos, mas tão somente os que precisam ser protegidos ou regulados, para o fim de se manter a livre coexistência das faculdades atribuídas ao homem e, por esta via, a própria comunhão social. Por modo predominantemente e precípua, dissemos, e não por modo exclusivo, por que também interessa à Moral a prática exterior dos atos humanos, quando interessa ao Direito a formação da vontade do agente”. (RÁO, op.cit., p. 40).

¹⁹¹ SÓFOCLES, op.cit., p.20.

¹⁹² Ibid., p.09.

¹⁹³ A percepção de cada sujeito é distinta, pois como ressalta Luc Ferry e Jean-Didier Vincent: “os humanos serão, à diferença dos animais, dotados de uma história cultural”. (FERRY, Luc; VINCENT, Jean- Didier. **O que é o ser humano**.

do que é ser traidor e da força da família, Antígona ainda permeia o seu discurso suscitando a superioridade do princípio da igualdade, valendo-se deste para defender que todos merecem o mesmo tratamento na morte, independentemente de serem amigos ou inimigos da cidade.¹⁹⁴

Muitas vezes, se constata em uma regra que sua disposição é contrária ao socialmente exigido ou recomendado e, em outras situações, a hipótese exata trazida pela regra não abarca uma necessidade atual verificada de forma corrente nos casos postos à apreciação dos magistrados na realidade forense.

A temática enfrentada nesse trabalho evidencia exatamente essa hipótese, visto que a regra existente para disciplinar as relações de mútuo bancário entre os consumidores idosos e analfabetos e as instituições financeiras mostram-se ineficazes à tutela preventiva de lesões aos direitos desses indivíduos especialmente vulneráveis.¹⁹⁵

É possível, pois, verificar que no cotidiano pode um juízo moral ou o sentimento de justiça, em um caso concreto, contrapor-se a uma regra estabelecida. Bem se vê o exemplo de Antígona que age seguindo a sua convicção de moral e o seu sentimento de justiça.¹⁹⁶

São muitas as vezes que os conceitos morais não estão traduzidos nas normas jurídicas, pois estas não podem espelhar a moral individual, mas a moral coletivamente aceita e possível.¹⁹⁷ Mas também, não escapam exemplos de regras que traduzem um

Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p.23).

¹⁹⁴ Sobre essa passagem comenta Tullio Ascarelli: “Mas à humana lei de Creonte Antígona opõe outra mais alta, invocando as altas e não escritas leis dos Deuses que Creonte não pode derogar. À humana diferença entre defensor e inimigo da cidade, opõe-se a igualdade de todos os homens na morte. E de ambos os lados bem se raciocina, como comenta o coro no diálogo entre Hemon e Creonte; ambas as argumentações são fundadas, porque se movem sobre dois planos diversos. E são as argumentações do diálogo do direito. Por um lado o direito positivo de que quem se diz jurista se faz também intérprete e de outro a voz da consciência que também sempre julga e pode julgar a justiça de cada lei humana”. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas jurídicos**. Tomo I. Antígona e Pórcia. Tradução de Luísa Heráclito Panico e Maria Isabela Haro Meloncini. Publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Roma. Conferência realizada em 1955 no Instituto Cultural Ítalo Chileno de Santiago. Publicada na Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto, 1995, p.2).

¹⁹⁵ Vide as regras dos artigos 3º e 4º do Código Civil e 219 e 221 da Lei de Registros Públicos.

¹⁹⁶ Sobre Antígona e o diálogo entre a regra e a Justiça, ou se preferir, entre o direito positivo e o direito natural, comenta Ascarelli: “E eis o diálogo eterno de Antígona e Creonte, diálogo eterno e tragédia eterna predeterminedada justamente porque nasce da contraposição de duas posições sempre igualmente presentes e que na tragédia sofocleana nos vêm apresentadas em sua pureza. Por um lado, a norma historicamente ditada e justificada, por outro a consciência individual que se reporta ao imperativo que se sente como divino comando: direito positivo e direito natural se contrapõem então como momentos contrastantes. [...] Por um lado o direito positivo de que quem se diz jurista se faz também intérprete e de outro a voz da consciência que também sempre julga e pode julgar a justiça de cada lei humana”. (ASCARELLI, op.cit., 1995, p.03).

¹⁹⁷ “Regras sociais também devem ser legitimadas pela razão, não por si mesmas. Não se deve matar ou roubar porque nenhum ser racional quer viver em uma sociedade de assassinos ou ladrões. O procedimento racional-moral é o imperativo categórico: agir de acordo com a regra que pode ser universal; em uma outra formulação, tratar todo ser humano como fim em si mesmo, jamais como meio, porque são dotados de dignidade. Quando vontade e razão coincidem, o juízo é plenamente moral”. (FELIPPE, Marcio Sotelo. **Direito e moral**. (Orgs.) SEMES, Marcelo; FELIPPE, Marcio Sotelo. São Paulo: Editores.com., 2014, p.15).

comportamento coletivamente desejado. Assim, não é difícil encontrar regras que espelham padrões de conduta almejados pela coletividade.¹⁹⁸

Pedro Pais de Vasconcelos revela a dupla dimensão da moral e ressalta sua perspectiva subjetiva e objetiva, sendo a síntese das duas responsáveis por formar o conceito de moral. A perspectiva subjetiva é retratada pelos valores de cada pessoa acerca do que significa agir corretamente. Já a faceta objetiva retrata os valores difundidos e aceitos pela coletividade.¹⁹⁹

Por sua vez, os conceitos de moral e ética, apesar de bem próximos, são distintos. O conceito de moral é mais subjetivo que o de ética, e está associado a um comportamento socialmente aceito. De outro modo, o conceito de ética é assimilado pelo sistema jurídico como uma ideia ou um padrão de comportamento a ser perseguido, ou melhor, atingido pelos indivíduos. É, portanto, a ética um juízo de valor que nasce a partir do indivíduo, mas posteriormente se insere no sistema e sua aplicação independe de nossa vontade. Mas ambos, moral e ética, por serem conceitos nascidos a partir do homem variam de acordo com o tempo e o espaço.²⁰⁰

São inúmeros os exemplos de assimilação pelo Direito, através de suas regras, da moral socialmente aceita.²⁰¹ Da mesma forma, o Direito também dá corpo e traça contornos a princípios que são fortemente atrelados à questão ética. No desenvolvimento

¹⁹⁸ Humberto Ávila cita como exemplo a Constituição Federal, que, para ele “preocupou-se com padrões de conduta de vários modos”. Para o autor, quando o legislador estabelece valores fundamentais, institui um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa, cria procedimentos de defesa do cidadão e requisitos de ingresso na Administração Pública e, por fim, institui mecanismos de controle da atividade administrativa, cria um padrão de conduta a ser coletivamente seguido. (ÁVILA, op.cit., p.120; 121).

¹⁹⁹ VASCONCELOS, op.cit., p.425.

²⁰⁰ A ética surge de uma elaboração interna dos indivíduos, mas quando assimilada pelo conjunto normativo independe da nossa vontade. “A ética não é algo a-histórico e intemporal, mas algo que se realiza dentro deste conjunto de condicionamentos que formam o quadro prévio, quer dizer, que independe de nossa vontade. É no interior destas determinações que o ser humano vive e elabora a ética. Em outras palavras, exercita sua liberdade, projeta valores, constrói virtudes e plasma um tipo de convivência que lhe confira bem-estar e felicidade pessoal e social”. (BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares?. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 74). No mesmo sentido Romualdo Baptista dos Santos: “Todavia, a ética é também um fenômeno social que se refere às preocupações que devemos ter com as consequências das nossas condutas”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.87).

²⁰¹ No mesmo sentir Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: “Além disso, a aplicação do princípio jurídico da boa-fé objetiva enseja a adequação dos valores éticos que o compõem às diferenças relacionadas, por exemplo, à época, lugar, cultura e religião”. (GURGEL, op.cit., p. 109). Roberto de Ruggiero enfatiza a interferência da ética e da moral nas normas de direito de família: “Como organismo social, que tem o seu fundamento na natureza e nas necessidades naturais da união sexual, na procriação, no amor mútuo, na assistência e na cooperação, que são as razões da sua existência, a familiarão é só no direito que tem as suas normas. Em nenhum outro campo, mais do que neste, influem a religião, o costume e a moral, nos quais encontra grande parte da sua regulamentação. Antes de jurídico, é ela um organismo ético”. (RUGGIERO, op.cit., p. 23). O princípio da boa-fé objetiva é utilizado por Pedro Pais de Vasconcelos para exemplificar a assimilação pelo Direito do comportamento moralmente correto e ético: “O conteúdo valorativo concreto destas coordenadas axiológicas, corresponde a padrões ou ‘standards’ de comportamento considerado moralmente correcto, ou pelo menos aceitável, naquelas circunstâncias concretas. O juízo de boa-fé é sempre profundamente moral e a sua realização enfrenta as mesmas dificuldades de concretização de todos os juízos éticos. O seu critério material é um dado extrajurídico que o Direito vai buscar no campo da ética”. (VASCONCELOS, op.cit., 2005, p.23).

deste trabalho são inúmeros os pontos de conexão verificados entre as condutas previstas nos Códigos e princípios que traduzem um padrão de comportamento a ser perseguido. O que dizer, por exemplo, do princípio da boa-fé objetiva e do dever de bem informar o contratante consumidor e de agir com o espírito de lealdade? Ademais, muito se comenta da responsabilidade social e ambiental de uma empresa, atualmente. Esta necessidade nada mais é que a incorporação de preceitos éticos pelo sistema normativo fazendo surgir regras e princípios comprometidos com essa realidade.²⁰²

Essa dimensão ética, na maioria das vezes, não vem corporificada no sistema jurídico, mesmo porque nosso sistema confere liberdade à empresa, já que o Brasil vivencia uma economia de livre mercado. Assim, a empresa é livre para optar em produzir determinado alimento usando agrotóxico ou não, realizar atividades de ginástica laboral ou emitir mais ou menos gás carbônico no processo de produção. Entretanto, essa liberdade de atuar não é totalmente descompromissada com a ética, não é livre de toda e qualquer regulação.²⁰³ Ao contrário, há que se ter cuidado com os produtos que coloca no mercado e com os seus funcionários e suas relações com o ambiente de trabalho.²⁰⁴ É essa ética do cuidado que se pode ver traduzida em vários dispositivos da legislação consumerista brasileira.²⁰⁵

Logo no artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, está elencado que a Política Nacional das Relações de Consumo deve visar tanto o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, como também a transparência e harmonia das relações de consumo. Neste dispositivo, a ética do cuidado com o consumidor aparece bem delineada tanto na necessidade de ser observada na colocação de produtos e serviços à disposição do mercado consumidor, como também através da transparência das relações de consumo.

O princípio da boa-fé objetiva, através das suas facetas da lealdade, da confiança e da necessidade de informação, traduz bem essa ética de cuidado e de

²⁰² BOFF, op.cit., 2014, p.75; GURGEL, op.cit., p. 103.

²⁰³ Salienta Bobbio que: “Não resta dúvida de que, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, o Estado cresceu para além de sua função protetora-repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias”. E conclui: “Ou seja, o Estado, hoje, substitui, ainda que parcialmente, por exemplo, o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro da distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao subsidiar”. (BOBBIO, op.cit., 2014, p.25-26).

²⁰⁴ BOFF, op.cit., 2014, p.76.

²⁰⁵ Essa ética do cuidado pode ser exemplificada com os artigos 4º, *caput* e V, 6º, I, III e VI, 8º, 9º e 10, todos do Código de Defesa do Consumidor. Atente-se que essa dimensão ética é também verificada no momento de julgar. Afirmar Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Admita-se, inicialmente, no julgamento, uma transição que vai de um universo objetivo (a *ratio* legal, o bem comum) até um momento subjetivo individual (a formação da convicção para o caso concreto)”. (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.290).

responsabilidade que se impõe a toda e qualquer empresa que exerça a produção de bens ou serviços no Brasil. Por meio deste princípio, a ética e a moral, mais uma vez, foram abraçadas pelo sistema normativo.²⁰⁶

Através da interpretação do princípio da boa-fé objetiva, os tribunais vêm incorporando no sistema jurídico deveres anexos, os quais basicamente podem ser identificados como de informação, cooperação e cuidado ou proteção.²⁰⁷ Mais uma vez a ética do cuidado está presente. Agora, incorporada no sistema pela consagração do princípio da boa-fé objetiva.

Pois bem, assim também as entidades bancárias precisam estar impregnadas pela ética da lealdade.²⁰⁸ Não se pode admitir a execução de contratos de adesão em face de consumidor idoso analfabeto (duplamente vulnerável) com cláusulas muitas vezes excessivamente desvantajosas a ele e, sobretudo, sem que exista a necessária informação sobre elas.

2.1.1. Os variados graus de conexão entre os conceitos de Direito, moral e ética e a necessidade de prevenção de conflitos com a pessoa idosa e analfabeta

A afinidade entre os conceitos de Direito, moral e ética sempre esteve na pauta de assuntos relevantes a serem debatidos tanto por juristas quanto por filósofos.

Assim, visando definir a conexão existente entre esses conceitos de Direito e moral surgem duas teses principais. A primeira tese sustenta a existência de uma estreita ligação entre o Direito e a moral, defendida por um núcleo de doutrinadores que ficaram conhecidos por não positivistas.²⁰⁹

²⁰⁶ Segundo Leonardo Boff, “Para uma empresa, o primeiro que conta é aquilo que eu chamaria de ética em grau zero: é a integridade; não enganar; não mentir; respeitar as regras do jogo que supõem confiança e boa-fé”. (BOFF, op.cit., 2014, p. 81). Pedro Pais de Vasconcelos chega a afirmar logo no primeiro parágrafo ao tratar do princípio da boa-fé que ele “tem um sentido moral profundo [...]”. (VASCONCELOS, op.cit., 2005, p.21).

²⁰⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor** – código comentado e jurisprudência. 3.ed. Atualizada de acordo com a Lei nº 11.448/2007 e com jurisprudência e informativos do STJ e STF. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p.32.

²⁰⁸ Enfatiza Mauro Pennasilico: “[...] a un’interpretazione del contratto informata ai canoni della reciproca lealtà di condotta tra le parti, della correttezza e della chiarezza nel parlare [...]”. (PENNASILICO, Mauro. **Contratto e interpretazione lineamenti di ermeneutica contrattuale**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli, 2015, p.20).

²⁰⁹ Segundo esta concepção, o direito apresenta uma dimensão real ou fática (coerção) e outra ideal ou crítica (correção). Na dimensão real ou fática Alexy sustenta que se examina três elementos centrais: “O primeiro é a relação entre o direito e a coerção ou a força; o segundo, a relação entre o direito e a institucionalização de procedimentos de criação e aplicação de normas; e o terceiro, a relação entre o direito e o consentimento ou aceitação real acerca do mesmo”. (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. Estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.16). A influência da moral no Direito seria marcante para parte da doutrina, sobretudo aqueles que defendem a natureza dualista do Direito. A moral estaria incorporada ao Direito e, portanto, necessária à sua aplicação. Há variações do não positivismo (não positivismo exclusivo) incompatíveis com esta linha de entendimento, na medida em que os defeitos morais teriam como consequência a perda da validade jurídica. (Ibid., p.21).

De modo antagônico, os doutrinadores que abortam qualquer tipo de conexão entre o Direito, a ética e a moral foram denominados positivistas.

A fim de sustentar o estreito vínculo entre Direito e moral, os não positivistas ou jusfilósofos trazem diversos argumentos. Dessas justificativas, o argumento da correção e a reflexão sobre a injustiça extrema são os mais relevantes para o desenvolvimento desse trabalho.²¹⁰

O primeiro, denominado correção, enfatiza a ciência do Direito enquanto uma pretensão do agir corretamente, na medida em que sua finalidade principal é atingir a retidão,²¹¹ a justiça, por meio de elementos que façam as pessoas seguir o padrão de conduta estabelecido pelas normas jurídicas, de modo a tornar possível uma vida em comunidade. Constata-se, portanto, que, para os que não são positivistas, essa pretensão de correção é uma das características centrais do Direito.²¹² Entretanto, é possível que um positivista não exclua a correção como sendo, juntamente com a coerção, as características principais do Direito, bastando apenas que se imponha àquela um conteúdo jurídico. Desse fato se conclui que abraçar a correção como característica central do Direito não implica necessariamente admitir uma conexão entre este e a moral.²¹³

A pretensão de correção não pode ser afastada dos autores positivistas, bastando que essa assuma um conteúdo jurídico. Nos contratos de mútuo bancário com idosos analfabetos há que se buscar meios jurídicos para se atingir o ideal de retidão e de justiça em cada caso concreto, uniformizando uma regra jurídica que atenda a esse mister.

De modo distinto, o positivismo exclusivo, também denominado por Joseph Raz de forte, exclui necessariamente a moralidade do conceito de Direito. Já o positivismo em sua versão fraca, também denominado inclusivo, defendido por Coleman, constitui um conceito mediano que rejeita a total dissociação entre Direito e moral, mas também a tese do

²¹⁰ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.49-56. Sobre essa aproximação entre Direito, Ética e Moral, Romualdo Baptista dos Santos traz íntima relação entre eles: "...podemos entender a Ética como o estudo dos comportamentos possíveis dos homens perante os outros homens, do qual resulta uma régua de condutas. A Ética biparte-se em Direito e Moral, mas as condutas jurídicas se diferenciam das morais por seu aspecto coercitivo". (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.76). No mesmo sentir Vicente Ráo: "Moral e Direito têm, pois, um fundamento ético comum e o têm a tal ponto que nas fontes romanas as duas disciplinas frequentemente se confundiam". (RÁO, op.cit., p. 40).

²¹¹ Na dimensão ideal ou crítica, Alexy enfatiza a correção como uma propriedade essencial ao direito, pois como expressa a "conhecida fórmula de Radbruch, a extrema injustiça não é direito". (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.17).

²¹² "Sem dúvida alguma, o grande mérito que possui a teoria de Alexy é ter postulado com clareza meridiana os argumentos da correção, da injustiça extrema e dos princípios [...] como as três razões de maior poder que podem levar a pensar que existe uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral e que essa relação é a propriedade essencial do direito em sua dimensão ideal ou crítica".²¹² (Ibid., p.21).

²¹³ Ibid., p.53.

não positivismo, isto porque “a moralidade não está nem necessariamente excluída nem necessariamente incluída”.²¹⁴

Para Kelsen, a coerção constitui uma característica central do ordenamento, na medida em que as normas do sistema jurídico devem ser garantidas.²¹⁵ Assim, é por meio da coerção que se impõe às pessoas o cumprimento das regras jurídicas e, por conseguinte, garante-se o sistema. Não há, pois, como se pensar em Direito sem associá-lo à coerção.²¹⁶

A ideia de sanção está associada à eficácia do Direito e não à sua validade, já que a sanção consiste em valioso método para se alcançar o cumprimento da norma. Isto porque, é por meio da sanção que o sistema impõe consequências àquele que deixou de cumprir às determinações das normas.²¹⁷

A imprescindibilidade da coerção para o Direito é verificada tanto em autores positivistas como em doutrinadores reconhecidamente não positivistas. Isto porque mesmo os comandos morais não dispensam organização, uma vez que não podem ser obtidos de forma espontânea. Organização, eficiência e segurança são caminhos que levam ao Direito.²¹⁸

O segundo argumento utilizado pelos não positivistas para pugnam pela íntima relação entre Direito e moral é o argumento da injustiça extrema, segundo o qual sem o entrelaçamento do Direito com os princípios éticos poderia o primeiro terminar por

²¹⁴ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. Estudo Introdutório Carlos Bernal Pulido. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.64. Para Juliano Maranhão, a juridicidade dos princípios jurídicos com conteúdo moral está em sua vinculação com as regras, mas não nega a vinculação entre direito e moral, ao contrário chega a afirmar que: “A moralidade do direito penetra, seja porque o direito tem que ter um conteúdo moralmente justificável, seja porque seria impossível compreendê-lo sem identificar seus propósitos morais”. (MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico – inclusivo**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 26-29). Gregório Peces-Barba Martínez chega a associar os direitos fundamentais à moralidade. (MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004, p.32).

²¹⁵ Para Hans Kelsen, “O sentido do ordenamento traduz-se pela afirmação de que, na hipótese de uma determinada conduta – quaisquer que sejam os motivos que efetivamente a determinaram – deve ser aplicada uma sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena). Certamente que um ordenamento pode premiar uma conduta apenas quando esta não seja motivada pelo desejo do prêmio. Assim sucede quando, segundo uma ordem moral, apenas é digno de louvor aquele que pratica o bem por si mesmo, e não por causa do louvor”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.28).

²¹⁶ Hans Kelsen chega a defender que mesmo os sistemas não jurídicos apresentam sanções distinguindo-se apenas quanto a natureza delas: “Até os sistemas não jurídicos estatuem sanções a diferença está nas diferentes sanções que eles trazem e não na ausência delas. Para avaliar a possibilidade de uma ordem moral desprovida de sanções, tem de ter-se em conta que, quando uma ordem moral prescreve uma determinada conduta, prescreve ao mesmo tempo que a conduta de uma pessoa conorme à conduta prescrita seja aprovada pelas outras pessoas, mas que a conduta oposta seja desaprovada. Quem desaprova a conduta prescrita, ou aprova a conduta oposta, comporta-se imoralmente e deve ser, ele próprio reprovado. Ora também a aprovação ou a desaprovação por parte dos nossos semelhantes são recebidas como recompensa e castigo e pode, por isso, ser interpretadas como sanções. Por vezes, constituem sanções mais eficazes do que outras formas de recompensa e castigo, pois satisfazem ou ferem o desejo de valimento (importância do homem), um dos mais importantes componentes do instinto de conservação”. (Ibid., p.29-30). Ressalta Vicente Ráo: “O desrespeito da norma moral pode causar um remorso (sanção individual e interna), ou a desconsideração social (sanção externa, mas de natureza ética). Mas, a eficácia da norma jurídica é assegurada pela possibilidade de uma coerção material, praticada pela força do Estado. (RÁO, op.cit., p. 41).

²¹⁷ BOBBIO, op.cit., 2014, p.24.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.47.

consagrar uma injustiça extrema. Assim, a moral seria uma baliza responsável por imprimir um molde ao Direito; mas essa conexão não seria absoluta, pois haveria casos nos quais haveria direito válido em situações extremamente injustas. Nessas hipóteses, nas quais a moral não estaria identificada com o Direito, o jurista priorizaria a realização da justiça e não da segurança jurídica propiciada pela regra.²¹⁹

Na verdade, toda essa associação que se faz do Direito com a ética, a moral e a política, seja através do exercício do poder ou não, tem por finalidade perquirir acerca do que melhor se deve entender como sendo o Direito, seus elementos, suas características principais e seu objeto de estudo, criando, deste modo, a sua identidade.

Nessa incessante busca por uma identidade do Direito, devem ser enfatizadas as suas propriedades da coerção (força) e correção. Quanto à característica da coerção, geralmente se associa aos elementos segurança jurídica e eficácia.²²⁰

Importante salientar que o Direito não é simplesmente um regulador de força, apesar da força assumir um papel importante para o seu desenvolvimento. Ensina Norberto Bobbio que a força é usada no processo de criação do Direito, mas também como elemento para impor a sanção.²²¹

Ademais, na construção de sua identidade, o Direito, além de ser identificado como uma forma de controle social (coativo) assume também a função preventiva. Isto porque jamais se pode compreender o Direito afastado da ideia de se atingir a solução de casos concretos.²²² É a razão para a qual existe e, dentro desse contexto, se busca alcançar a prevenção de condutas através da sua função premonitiva, pela qual há uma restrição da

²¹⁹ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.54-55. Enfatize-se que, na fase jusnaturalista, Ruy Samuel Espíndola esclarece que o ideal de justiça, cuja eficácia centra-se na dimensão ético-valorativa do Direito, encontra expressão nos princípios. De outro modo, na fase juspositivista, a importância dos princípios está relacionada ao fato de derivarem da lei, sem mencionar qualquer relação dos princípios com o ideal de justiça. (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63). John Rawls lembra: “Seja como for, o corpo de cidadãos em geral não está unido por laços de solidariedade entre os indivíduos, e sim pela aceitação dos princípios públicos de justiça. Embora todo cidadão seja amigo de alguns cidadãos, nenhum cidadão é amigo de todos. Mas sua fidelidadeem comum à justiça proporciona uma perspectiva unificada, da qual podem julgar suas diferenças. Em segundo lugar, o senso de justiça dá origem à disposição de trabalhar pela criação de instituições justas (ou pelo menos não se opor a elas) e pela reforma das existentes quando a justiça o exige. Queremos agir segundo o dever natural de promover instituições justas”. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. Revista técnica Alvaro de Vita. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 585).

²²⁰ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.37. Expõe Mônica Aguiar: “Entretanto, toda vez que a experiência deixa de se repetir não se deve, a título de albergar-se a segurança jurídica, manter-se uma regra legal que não mais condiz com a realidade, o que normalmente ocorre quando se dá uma sequência de normas comunicativas judiciais que afastam aquela regra, enquanto outra não a substitui?”. (AGUIAR, op.cit., p. 89).

²²¹ BOBBIO, op.cit., 2014, p.24.

²²² Para Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: “A consideração do Direito como modo de solucionar casos concretos, já justificada, constitui um cerne imprescindível, do qual, aos poucos, surge uma consciência”. (CORDEIRO, op.cit., p.36).

liberdade visando a não ocorrência de conflitos.²²³ Nesse ambiente é que se admite uma restrição na liberdade de contratar mútuo bancário do consumidor idoso analfabeto com as instituições bancárias.

Desta forma, ao Direito é atribuída a relevante função de prevenção de conflitos e organização da sociedade por meio da eleição de valores comuns a serem salvaguardados, mas também de modificação da realidade.²²⁴ Neste contexto, a ativa participação do Ministério Público durante a realização dos contratos de empréstimo, consignado ou não, com pessoas idosas e analfabetas seria uma maneira de prevenir lesões a esses indivíduos, evitando a geração de conflitos e o abarrotamento da justiça pelos inúmeros processos que contestam diuturnamente esses contratos. Ademais, seria uma forma de permitir um estreitamento ainda maior entre os conceitos de ética, moral, Direito e justiça, na medida em que o consumidor idoso e analfabeto seria amplamente informado acerca do contrato e de suas condições. Com esse comportamento, realça-se a lealdade e a ética que deve existir entre as partes contratantes, de modo a realizar o princípio da boa-fé objetiva.

2.1.2. A importância do estreitamento dos conceitos de moral, ética e Direito para afastar interpretações de regras e princípios em desconformidade com a proteção da pessoa

Esse estreitamento entre os conceitos de regras de Direito, moral e ética se faz muito útil e necessário para repugnar do sistema aquelas regras que surjam ou que já existam no sistema jurídico, mas sejam ofensivas aos preceitos éticos e garantistas da pessoa humana e, sobretudo, ao homem e ao que lhe é mais caro: sua existência com dignidade.²²⁵

A dignidade humana passou a integrar o sistema normativo brasileiro, mas nem sempre foi assim. A ideia de voltar as normas e sua aplicação para a proteção do homem

²²³ BOBBIO, op.cit., 2014, p.28.

²²⁴ Nesse sentido Clovis Bevilacqua: “Assim, embora a intenção da lei seja um ponto importante para o interprete, o essencial é escolher, dentre os pensamentos possíveis da lei, o sentido mais racional, mais salutar e de efeito mais benéfico. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Suppor que ha somente uma interpretação exacta, desde que a lei é publicada até aos seus ultimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançarem os fins humanos [...]. Em conclusão, na interpretação da lei, deve atender-se, antes de tudo, ao que é razoavel, depois ás consequências systematicas e, por fim, ao desenvolvimento historico da civilização”. (BEVILAQUA, op.cit., p. 54-55). Quanto à possibilidade de modificação da realidade pelo direito positivo pontua Pietro Perlingieri: “O direito positivo (vale dizer, o direito expresso por fontes predeterminadas e reconhecidas, predominantemente escrito) pode exercer uma dupla função, dependendo do ato de se propor a simplesmente conservar as situações presentes na sociedade, adaptando as próprias regras às de natureza social preexistentes; ou a modificar a realidade criando novas regras”. (PERLINGIERI, op.cit., p.02).

²²⁵ Pietro Perlingieri chega a enunciar o direito de resistência do jurista em não aplicar as escolhas ilegítimas do legislador. (PERLINGIERI, op.cit., p.03).

não deixa de ser um valor ético e moral assimilado por nosso sistema jurídico através da norma prescrita no primeiro artigo da Constituição Federal brasileira de 1988.²²⁶

Interessante, pois, a ideia de não se abandonar os conceitos de ética e de moral, mesmo tendo em conta o Direito enquanto sistema normativo, seja como uma maneira de controle de regras, como também para integração e suprimento de lacunas. E o que é o Direito, senão o conjunto de valores, bens e interesses eleitos e assimilados pelo ordenamento?²²⁷

No atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito, o dogma da completude, da suficiência dos Códigos e das leis para resolver os conflitos, tal qual preconizado pela escola da exegese²²⁸, não mais pode ser aceito.²²⁹

E diante da impossibilidade da regra jurídica disciplinar todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos, destina-se importante papel aos princípios e aos valores éticos e morais assimilados pelo ordenamento e a equidade.²³⁰

Apesar do aspecto controverso que envolve o chamado “juízo de equidade” no tocante à criação de uma completa insegurança jurídica diante da ausência de limites materiais para a decisão do caso concreto enxerga-se o juízo de equidade em concorrência com os princípios da razoabilidade e da ponderação, de modo a utilizá-lo sem desprezar os

²²⁶ BRASIL. Constituição Federal. (1988). “Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

²²⁷ Pietro Perlingieri chega a defender que não há um só ordenamento, mas vários “O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora”. (PERLINGIERI, op.cit., p.05).

²²⁸ BOBBIO, op.cit., 2014, p.118.

²²⁹ Sobre a insuficiência das leis e a passagem de uma jurisprudência exegética para uma jurisprudência científica Bobbio ressalta o papel da sociologia jurídica: “o programa da sociologia jurídica foi, no início, principalmente o de mostrar que o direito era um fenômeno social, e que, portanto, a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como aquele de acreditar na completude do direito codificado”. (Ibid., p.119). Marcio Sotelo Felipe defende que a conexão entre a norma jurídica e a moral só é possível se presente “autonomia em relação à estrutura da sociedade capitalista”. Segundo Marcio Sotelo Felipe: “O processo de construção dos direitos é pós – convencional: normas que, a despeito do fato da estrutura capitalista e dos correspondentes juízos convencionais, atenuam a desigualdade, conferem poder aos que estão embaixo na escala social e apontam para a emancipação humana; em síntese, fazem aparecer o vislumbre da dignidade humana. Somente se pode cogitar de uma conexão entre moral e fenômeno jurídico como autonomia em relação à estrutura da sociedade capitalista”. (FELIPPE, op.cit., p.43-44).

²³⁰ Sobre a equidade, Norberto Bobbio esclarece: “Chamam-se ‘juízo de equidade’ aqueles pelos quais o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. O juízo de equidade pode ser definido como uma autorização ao juiz para produzir direito fora de qualquer limite material imposto pelas normas superiores”. (BOBBIO, op.cit., 2014, p.64-65). Ruy Samuel Espíndola é enfático ao tecer comentários sobre a vinculação dos princípios constitucionais com os valores éticos: “Assim, por sua própria essência, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleições de valores éticos e sociais como fundantes de uma ideia de Estado e de Sociedade. Dessa forma, esses princípios, então, não expressam somente uma natureza jurídica, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico”. (ESPÍNDOLA, op.cit., p. 80).

outros componentes do sistema, sobretudo em hipóteses ainda não previstas (ausência de regra) e diante de duas regras aparentemente opostas (conflito de regras).

Ademais, o Direito enquanto ciência que emerge com os fatos da vida não se apresenta de forma isolada e estanque das relações sociais sendo diretamente influenciado por estas, na medida em que uma regra totalmente dissociada da realidade está fadada a pouca ou nenhuma eficácia.²³¹

Algumas vezes, pode a regra se apresentar de uma maneira, mas nem sempre a sua aplicação ao caso concreto encerrará a hipótese mais justa.²³² Daí a necessidade de se buscar dentro do sistema jurídico outros fundamentos para se pensar o Direito de um modo diferente do encartado na regra injusta e justificar uma decisão amparada em princípios e também no juízo de equidade. Ocorre que nem sempre o senso de justiça é igual para todas as pessoas e o que se apresenta justo para um pode ser injusto para o outro, daí a grande subjetividade inerente a cada indivíduo que gera reflexos de insegurança nas decisões judiciais. Nesse fato também reside a necessidade da existência das regras e de que as mesmas consagrem hipóteses justas e moralmente aceitáveis pela comunidade.

Atualmente, as regras existentes no sistema jurídico brasileiro para os contratos de mútuo bancário realizados por idosos analfabetos não cumprem o mister de informar esses consumidores e mostram-se ineficazes quanto à prevenção dos conflitos que suscitam a nulidade desses contratos.

Em outros casos, resta escancarada a injustiça da aplicação de uma regra ao caso concreto, apesar de se encaixar perfeitamente no juízo de subsunção.²³³ Sendo assim, é interessante notar ainda que Humberto Ávila defende a possibilidade de uma regra deixar de

²³¹ Daí a percuciente observação de Ascarelli: “O homem não pode aceitar a regra social só por ser observada ou imposta por uma força superior; e para ela procura uma justificativa que não pode ser dada pela simples frequência de sua observância ou pela eficiência da força que assegura uma efetiva sanção; quer reconduzi-la a uma ordem cuja última justificativa também se encontre em uma concepção e em uma crença que assinale o justo e o injusto”. (ASCARELLI, op.cit., 1995, p.02).

²³² Isto ocorre em razão da percuciente observação de Bobbio, para o qual: “A norma fundamental é o fundamento do direito tal qual ele é (o direito positivo), e não do direito tal como deveria ser (o direito justo). Ela autoriza aqueles que detém o poder a exercitar a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ter sido desejado pelo poder originário. Ela confere uma legitimidade jurídica não moral ao poder. O direito tal qual ele é revela-se expressão dos mais fortes, não dos mais justos”. (BOBBIO, op.cit., 2014, p.73).

²³³ O Supremo Tribunal Federal, a despeito da norma descrita no artigo 37, II, da Lei nº8.429/92 trazer a obrigatoriedade do concurso público para investidura em cargo ou emprego público e considerar ato de improbidade administrativa a contratação sem concurso público e do crime de responsabilidade descrito no artigo 1º, XIII do Decreto Lei nº201/67 (“Artigo 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIII – Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei”), considerou outras fontes normativas como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para considerar como insignificante a contratação isolada de mão de obra para exercer a atividade de gari, determinando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, HC 77.003-4- PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-6-1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 25 ago.2015).

ser cumprida quando esse descumprimento for justificado por outra norma²³⁴, estabelecendo a necessidade de se verificar as razões que justificaram a existência da regra e se existem motivações superiores a fundamentarem o seu descumprimento.²³⁵

2.2. O papel conferido à moral no processo de aparecimento e desenvolvimento dos direitos por meio de uma interpretação que se volte à proteção da pessoa

Tanto no processo de surgimento de direitos como no desenvolvimento destes, há identificação de preceitos morais associados a estas atividades. Como bem salienta Robert Alexy, a moral pode ser usada como uma baliza na formação de direitos.²³⁶

A moral não pode ser alijada do Direito, mas também não deve ser jamais a única a ser considerada, já que no atual estágio de desenvolvimento dessa ciência não se pode prescindir da noção de sistema jurídico²³⁷. A moral aproxima muito o Direito do campo da abstração e do subjetivismo, ideário não almejado pela ciência jurídica, já que representa um problema para a sua segurança.

É certo que há aqueles que afastam completamente essa correlação entre Direito e moral. Entretanto, mesmo esses autores não negam o caráter aberto do Direito, ou seja, a impossibilidade de retratar por regras jurídicas todas as hipóteses capazes de ocorrer no mundo dos fatos. E esse caráter aberto termina por permitir que a moral influencie na aplicação do Direito, seja por meio da interpretação e aplicação de regras (com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais) ou mesmo e principalmente na compreensão dos princípios e postulados integrantes do sistema.²³⁸

Não se pode negar a íntima vinculação da moral com alguns princípios assimilados pelo sistema jurídico. O princípio da boa-fé, da lealdade processual e da moralidade são exemplos que demonstram a aceitação pelo Direito de conceitos relacionados

²³⁴ ÁVILA, op.cit., p.68.

²³⁵ Ibid., p.68-69.

²³⁶ Em suas palavras: “A inclusão da moral no direito ajuda a resolver problemas, mas ela também cria problemas que o estudioso não é capaz de solucionar se ele adotar a tese positivista da separação. Os problemas que a inclusão da moralidade pelo direito pode solucionar são, em primeiro lugar, o problema dos juízos de valor básicos que subjazem à justificação do direito; em segundo lugar, o problema de atender à pretensão de correção na criação e na aplicação do direito; e, em terceiro lugar, o problema dos limites do direito”. (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.38).

²³⁷ E neste contexto sem prescindir das três características enunciadas por Bobbio sobre o ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude. No tocante a última característica enuncia com precisão: “Um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema”. (BOBBIO, op.cit., 2014, p.113).

²³⁸ Em relação ao direito português, Pedro Pais de Vasconcelos ressalta: “A referência aos ‘bons costumes’ contida no artigo 280º do Código Civil deve ser entendida como referência à Moral, dado que só uma predicação de natureza ética permite distinguir entre os costumes os que são bons e os que são maus. Por outro lado, os bons costumes são uma resultante do condicionamento moral e não a sua fonte, pelo que é mais adequado falar de Moral do que de bons costumes nesta matéria”. (VASCONCELOS, op.cit., p.424).

com a moral. O princípio da moralidade impõe à Administração Pública o dever de agir com probidade, decoro e ética. Esses mesmos valores são assimilados à relação jurídica processual através do princípio da lealdade processual. Por sua vez, a moral é incorporada às relações civis pelo princípio da boa-fé.²³⁹

Além dessa estrutura aberta há um outro fator que dificulta ainda mais a aplicação do Direito e sua completa desvinculação com a moral: são os casos difíceis.²⁴⁰ Sem dúvida, a inclusão da moral no processo de dizer e aplicar o Direito ajuda na resolução dos casos difíceis²⁴¹, já que nestes não se alcança uma solução apenas com base no direito positivo.

Acontece que nos casos difíceis, por não ser encontrada a solução no direito positivo posto, ao jurista restam duas opções: a primeira, decidir o caso posto a sua apreciação sem mencionar as razões do *decisum*²⁴²; e como segunda opção, o jurista passa a analisar o caso e decidir com motivação estranha ao direito positivo.²⁴³

Na solução dos casos difíceis, decide-se com base em outros elementos que compõem o sistema, diferente das regras, já que estas são inexistentes. Isto porque não é permitido ao aplicador deixar de motivar sua decisão. Desta forma, não existindo regra a ser aplicada, voltam-se os olhos para o sistema como um todo. Ao se fazer essa afirmação ressalta-se o valor segurança jurídica conferido pelo Direito, na medida em que a solução vai ser buscada dentro de um conjunto normativo pensado para resolver os problemas de todos de forma geral e de ninguém especificamente, partindo de uma vontade coletiva.

²³⁹ Quanto ao princípio da boa-fé, enfatize-se sua função limitadora do abuso de direito. Antonio Manuel Meneses Cordeiro em seu trabalho de doutoramento na Universidade de Lisboa ressalta essa carga ética e cultural dessa fórmula: “O *venire contra actum proprium*, porque dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de representação cultural apreciativa e que, para mais, está, na tradição romanística do *Corpus Iuris Civilis*, num estado de diluição que a torna omnipresente”. (CORDEIRO, op.cit., p.753).

²⁴⁰ “A vida cotidiana do direito é cheia de casos difíceis que não podem ser decididos simplesmente com base no que foi autoritariamente expedido”. (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.61).

²⁴¹ Com propriedade afirma Roberto Alexy: “O segundo problema que a inclusão da moral promete resolver é o da realização da pretensão de correção no marco institucional do direito. Um exemplo desse problema é o raciocínio jurídico em casos difíceis. Se a moralidade é tida como incorporada pelo direito, razões morais podem e devem participar da justificação de decisões jurídicas quando não haja mais razões de autoridade. A teoria da argumentação jurídica pretende assimilar isso ao conceber a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática”. (Ibid., p.39). E mesmo na hipótese de simples aplicação da regra ao caso concreto, Vicente Ráo adverte: “E, de fato, forçoso é convir que a simples exegese do texto ou dos precedentes judiciais, jamais formará juristas e, sim, apenas práticos do direito. A própria aplicação dos textos aos casos concretos (quando os textos das disposições obrigatórias esgotassem o conteúdo do direito) não poderia efetuar-se por modo fiel e consciente, sem a subordinação dos elementos de fato aos princípios gerais. Nem o direito conseguiria progredir, sem o processo crítico da verificação da correspondência, ou não, dos diversos institutos jurídicos com as situações e necessidades sociais que tais institutos visam disciplinar”. (RÁO, op.cit., p. 37).

²⁴² Na verdade, apesar de mencionada essa hipótese, por Robert Alexy, não resta essa opção ao aplicador do Direito, em razão do princípio da motivação das decisões judiciais que exige do magistrado a exposição de suas razões de decidir.

²⁴³ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.53.

Há também as hipóteses excepcionais de superação das regras nas quais o aplicador pondera duas ideias importantes e aparentemente opostas: o valor da segurança jurídica e o valor da justiça. Interessante notar que a oposição à superação de uma regra será diretamente proporcional ao comprometimento da segurança jurídica, isto é, quanto maior for a ofensa à segurança jurídica maior é a resistência a ser enfrentada para a superação de uma regra.²⁴⁴ Deste modo, o intérprete não pode jamais descurar do valor da justiça, mas precisa estar sempre atento à segurança jurídica.

Voltar a atenção para a segurança jurídica impõe ao intérprete observar o sistema, ou seja, realizar a justiça no caso concreto, mas com fundamento nas regras existentes, nos princípios ou nos postulados acolhidos no ordenamento. Assim, a realização da justiça não pode estar acima da segurança jurídica, ambas precisam andar juntas. Por esta razão, na Itália há uma metodologia de interpretação criada pelo legislador a fim de que seja observada pelos juízes (artigo 1362 – 1371 c.c.), não como mera faculdade, ficando a sua violação sujeita a recurso na Corte de Cassação.²⁴⁵ Há aqui, pois, um controle da atividade interpretativa do magistrado, realizado pelo legislativo por meio da edição destas regras, propiciando maior segurança jurídica.

Ademais, além dos aplicadores considerarem os valores da justiça e da segurança jurídica no momento de superação de uma regra, levam em consideração o quanto se fazer justiça no caso concreto afetará esta mesma ideia de justiça, mas agora não na dimensão individual, mas coletiva. Por esta razão, não é bastante que o intérprete fique atento ao valor da segurança jurídica, pois a superação de uma regra trará consequências para todo o sistema. Deste modo, importa considerar o impacto que esta superação irá gerar tanto para o caso individual, como também para a coletividade como um todo, pensando na noção de sistema jurídico.²⁴⁶

Pois bem. A aferição da justiça no caso concreto não pode ser afastada até porque é a sensação de se estar fazendo injustiça em um caso específico que faz gerar a

²⁴⁴ ÁVILA, op.cit., p.145. A ideia de ponderação também está presente na hipótese de tensão entre os princípios constitucionais. Ruy Samuel Espíndola traz a importância da ponderação de bens e da concordância prática para enaltecer a normatividade dos princípios constitucionais. (ESPÍNDOLA, op.cit., p. 246).

²⁴⁵ Mesmo assim, adverte Joselita Nepomuceno Borba: “O direito positivo é contingente, variável, imposto pr decisão de autoridade, podendo ser produzido tanto pelo legislativo (lei) quanto pelo judiciário (sentença): direito que gera direito por meio do direito”. (BORBA, op.cit., p. 38). Mauro Pennasilico enfatiza: “Il legislatore há predisposto una metodologia del l’interpretazione, dettando le regole e i principi da osserare (artt. 1362 -1371 c.c.). Si trata non già di meri consigli, assiomi di logica o regole di esperienza indirizza ti al prudente apprezzamento del giudice di mérito, bensì di autentici precetti giuridici, che il giudice di merito há il dovere di applicare, pena la violazione di legge censurabile com ricorso in Cassazione (artigo 360, comma 1, n. 3, c.p.c)”. (PENNASILICO, op.cit., p.20).

²⁴⁶ ÁVILA, op.cit., p.145-146.

necessidade de superação de uma regra. Mas o trabalho do intérprete não finda aí; na verdade esse é apenas o começo. Marcio Sotelo Felipe tece duras críticas ao positivismo lógico pelo fato de alijar do Direito a aferição sobre juízo de justiça ou moralidade, bem como pela impossibilidade de constatação empírica de um valor.²⁴⁷

É a verificação das inúmeras injustiças perpetradas todos os dias com a população idosa analfabeta, pela ausência de informação clara sobre os empréstimos pactuados com instituições financeiras, que faz nascer a necessidade de se pensar o aparecimento de um direito ou mesmo o seu desenvolvimento a partir da ideia de lealdade (princípio ético, moral e jurídico) que deve existir entre as partes contratantes.

Essa mesma lealdade inspirou o surgimento do princípio consumerista da boa-fé objetiva, que passou a exigir do fornecedor inúmeras condutas no sentido de informar claramente ao consumidor sobre o produto ou serviço que se está adquirindo.

Entretanto, na prática, o que se constata é a completa desinformação da população idosa e analfabeta sobre as cláusulas dos empréstimos consignados mesmo com a existência de regras expressas no sentido de exigir que o fornecedor esclareça o consumidor acerca dos juros, do valor emprestado, da quantia a ser paga com e sem juros.

2.2.1. A filosofia do Direito, o processo de construção de direitos e sua relação com a dignidade da pessoa humana e com a proteção do consumidor idoso

Por muito tempo a atividade de interpretar as normas jurídicas foi compreendida como uma atividade descritiva, ou seja, ao intérprete cabia definir o sentido e o alcance de uma norma, sem que houvesse qualquer forma de criação ou ampliação da regra descrita. Hoje, interpretar é mais do que descrever, é construir o significado da norma objeto de estudo.²⁴⁸ A atividade do intérprete e aplicador do Direito abrange também a difícil tarefa

²⁴⁷ Segundo o autor, para o positivismo lógico: “Pode-se apenas descrever se uma conduta é legal ou não em um ordenamento na medida em que empiricamente vê-se que é objeto de uma sanção. É aferível tanto quanto Maria gostar ou não de rosas vermelhas. Mas não posso dizer que o valor contido nessa norma é justo, do mesmo modo como não cabe dizer que o certo é gostar de rosas vermelhas. Nessa abordagem, uma iniquidade absoluta, qualquer horror cometido por um Estado, como exterminar uma parte de seus cidadãos ou torturar milhares deles, tem o mesmo estatuto lógico de Maria gostar ou não de rosas vermelhas. Tudo pode ser jurídico, desde que a norma seja adequada”. (FELIPPE, op.cit., p.24).

²⁴⁸ Humberto Ávila salienta: “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados”. (ÁVILA, op.cit., p.52). Atente-se ao ponto salientado por Juliano Maranhão: “O problema aqui está em encontrar o ponto em que passo da revelação ou descrição dessas normas implícitas ou aparentes para a criação de conteúdo pelo próprio jurista. O jurista não estará mais tão confortável em afirmar que uma lei banindo a veiculação de propaganda de cigarros é inválida diante de uma constituição que determina que a lei apenas restrinja a propaganda de cigarros”. (MARANHÃO, op.cit., p. 23).

de reconstruir as regras alargando ou restringindo as hipóteses do seu alcance, tendo em conta a realização dos seus fins.²⁴⁹

Portanto, bastante complexa é a tarefa do jurista comprometido. Comprometido em fazer o Direito evoluir de acordo com as necessidades da sociedade para a qual foi pensado; comprometido em não o deixar paralisado, estagnado, tornando-o um arcabouço de regras jurássicas e dissociadas da realidade, o que dificultaria e, muito, a sua eficácia. E complexa é esta tarefa não somente por esse compromisso do jurista, mas por ter também a função de conferir e prezar pela segurança do sistema, apesar das inúmeras normas e variados significados que podem alcançar. Neste contexto, Robert Alexy enfatiza o papel da filosofia do direito em contribuir para o intérprete adquirir o domínio em trabalhar com esses conceitos e com um sistema que pode inclusive trazer elementos incompatíveis entre si.²⁵⁰

Ademais, a filosofia do direito ao trabalhar com conceitos e elementos componentes do sistema pode fazer nascer direitos outrora inexistentes, como ocorreu com os direitos humanos, fato que traz à filosofia do direito uma importância ainda maior, pois deixa a dimensão exclusivamente teórica, para assumir uma relevância prática.²⁵¹

Nesse contexto de conferir transparência às regras ganha importância a noção de princípios, bens jurídicos protegidos pelo sistema e de valores acolhidos, pois não pode o intérprete desprezá-los. É preciso que parta de algo, a fim de se garantir a segurança jurídica.²⁵² Caso esse ponto de partida, mencionado por Humberto Ávila, não fosse considerado, o sistema jurídico perderia essa importante característica da segurança jurídica. E esses pontos de partida já estão nas normas jurídicas.

Partir dos fins e valores presentes no ordenamento, conforme mencionado por Humberto Ávila encontra sua mais elevada expressão no valor da dignidade da pessoa

²⁴⁹ ÁVILA, op.cit., p.53. Pontua Jürgen Habermas: “A hermenêutica precisaria clarificar agora as condições que permitem sair da estrutura dialógica da linguagem ordinária e empregar monologicamente a linguagem para a formação rigorosa de teorias com vistas à organização de um agir racional regulado por fins”. (HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. 2. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 306). No mesmo sentido, Juliano Maranhão aborda a questão: “A cognição parecer ser capaz de revelar conteúdos implícitos ou suprimir conteúdos aparentes, por exemplo, no caso de identificação de inconsistências entre sentidos atribuídos a duas normas distintas ou de incompatibilidade entre o conteúdo da norma e aquilo que seria seu propósito ou sua *ratio*”. (MARANHÃO, op.cit., p. 23).

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.41. Do mesmo modo, Vicente Ráo ensina: “A filosofia do Direito, ao mesmo tempo em que procura enquadrar o direito na ordem universal, investiga e apresenta os princípios (normas universais e abstratas) aplicáveis a todas as ciências jurídicas que, por este modo unifica; é, ela própria, a ciência que completa a unidade do conhecimento jurídico”. (RÁO, op.cit., p. 35).

²⁵¹ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.42.

²⁵² ÁVILA, op.cit., p.54-55. Ruy Samuel Espíndola, ao tratar das diferentes fases pelas quais passaram os princípios jurídicos, entoa que foi no pós-positivismo que eles “conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”. (ESPÍNDOLA, op.cit., p.64).

humana alçado no Brasil à categoria de princípio, por alguns, denominado de “sobreprincípio”.²⁵³ Essa ideia está bastante relacionada ao fato de que a finalidade do ordenamento jurídico é o homem, já que as normas só existem em razão dele e que, portanto, nada pode superar o valor da sua dignidade.²⁵⁴

Importante, pois, conceber a noção de que cada ser humano é dotado de dignidade e que não há distinção entre a dignidade do idoso e a do jovem; a dignidade do nacional e do estrangeiro; do cidadão livre e do custodiado.

Nos movimentos pendulares da história se constata que sempre se reduz o homem a objeto, quando a finalidade é violar sua dignidade; nominando-o de torturador, terrorista, judeu ou comunista como se, ao ostentar essas condições, eles deixassem de ser pessoas. Portanto, o foco deve se sustentar na proteção e tutela do indivíduo enquanto sujeito de direitos e na criação de um sistema jurídico que reconheça as vulnerabilidades de cada um ou de cada situação. Defender isso não significa reconhecer a autonomia privada de forma ilimitada, mas albergá-la e traçar seus limites de modo a compatibilizá-la com a necessidade de sobrevivência com dignidade.

Com o objetivo de coibir todas as atrocidades já perpetradas contra o homem pelo homem é que se elegem princípios fundamentais, tidos por invioláveis, até mesmo por regras supostamente criadas com objetivos igualmente relevantes. Por esta razão não se pode flexibilizar a dignidade sob qualquer argumento, seja o de segurança da nação, de proteção contra o terrorismo ou qualquer outro objetivo, todos igualmente relevantes.

²⁵³ Para J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira a dignidade da pessoa humana representa um “dado prévio”, “uma precondição” da legitimação da República. (CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da república portuguesa anotada**. artigos 1º a 107º. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p.199).

²⁵⁴ Ressalta Heloisa Helena Barboza: “A vigente Constituição da República, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, deixou patente ser a pessoa humana o núcleo do ordenamento jurídico. Encontra-se o sistema jurídico, em consequência, funcionalizado para preservação dos valores que orientam e para o atendimento primordial dos interesses dos seres humanos”. (BARBOZA, op.cit., 2008, p.57). Para Fernanda Paula Diniz: “A dignidade humana pode ser definida como a superioridade do homem sobre as demais coisas do universo, ou seja, é a prevalência das pessoas sobre os objetos. Assim, ela decorre da personalidade, e qualquer ser humano, independentemente de suas condições pessoais, viria a tornar-se objeto de proteção da dignidade”. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 89). Questiona Silvio Luís Ferreira da Rocha: “O que o princípio da dignidade da pessoa humana fez com o Direito Civil? Mudou o eixo valorativo e o eixo interpretativo do Direito Civil. O Direito Civil inserido no Código Civil de 1916, pré-constituição federal de 1988, era marcado por uma preocupação econômica. O Homem era visto como sujeito de direitos de relações voltadas para a realização dos valores econômicos: autonomia privada para contratar; o contrato como forma de transferência da propriedade; propriedade absoluta; responsabilidade civil fundada apenas na culpa; estrutura familiar fundada no casamento, na autoridade do marido sobre a mulher e os filhos. O princípio da dignidade da pessoa humana despatrimoializa as relações privadas. Ao colocar a tutela da pessoa humana na ponta mais elevada do ordenamento jurídico acaba por funcionalizar todos os institutos de direito civil. O contrato, a propriedade, a família existem para possibilitar o pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana”. (ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Princípios contratuais. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 516-517).

A dignidade da pessoa humana encontra-se elencada como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil.²⁵⁵ Com isso, pode-se afirmar que a preocupação com a pessoa humana está no centro do ordenamento jurídico. Sendo assim, a postura do cidadão deve ser de exigência do poder público à implementação desse princípio, através de ações prestacionais, e a do intérprete no sentido de buscar a efetivação da dignidade.²⁵⁶

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana leva ao sistema jurídico um conteúdo de igualdade, o qual, no seu sentido material, deve desigualar aqueles que ocupam posições distintas. Neste contexto, àqueles indivíduos considerados vulneráveis, deve ser dispensado um tratamento jurídico diferenciado em reconhecimento à sua condição distinta dos demais.

Acrescente-se que, diante da unidade do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana gera reflexos em todos os institutos do Direito. Assim, a interpretação dos diversos institutos jurídicos não pode descurar desse valor. Neste contexto, insere-se a pessoa idosa e analfabeta, cidadã em posição de desigualdade e vulnerabilidade em face das instituições de crédito.²⁵⁷

Há, pois, que se interpretar as regras do Direito e decidir os casos concretos sempre partindo do princípio da dignidade; este passa a ser o principal molde às decisões judiciais. Na esteira desse pensamento, o princípio da dignidade da pessoa humana deve exercer interferência direta na legislação infraconstitucional e, por conseguinte, na interpretação desta. Assim, infere-se que qualquer interpretação dos contratos de empréstimos do idoso analfabeto deve, assim como os demais institutos do direito, estar sempre impregnado deste princípio.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal. (1988). Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

²⁵⁶ Ensina Christian Starck: “A garantia da dignidade humana obriga o Estado não apenas a respeitar a dignidade humana, mas também a protegê-la”. (STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã, tradução Rita Dostal Zanini. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. **Dimensões da dignidade**: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.210).

²⁵⁷ Em sendo assim, a razão está com Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais: “A República baseada na dignidade da pessoa humana assume como deveres públicos a protecção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade (refugiados, detidos, deportados, deslocados, mentores de minorias étnicas). É também a dignidade que justifica a imposição de deveres públicos e comunitários (republicanos) de defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugénicas de selecção de pessoas, transformação do corpo ou de partes do corpo em fonte de lucro, ou contra a venda forçada pelo vendedor pobre de órgãos do corpo a favor do comprador rico, alteração da identidade genética do ser humano mediante clonagens reprodutivas do ser humano e tráfico de seres humanos”. (CANOTILHO; VITAL, op.cit., p.199-200).

O fato é que não se pode ter uma dignidade parcial, pela metade ou mesmo um princípio da dignidade da pessoa humana mitigado. E esse ideário foi revelado justamente para combater as inúmeras atrocidades cometidas contra a pessoa humana no período do nazismo.²⁵⁸

Deste modo, o intérprete vê o seu poder de aplicar o Direito balizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mas, principalmente, o legislador também sente a limitação deste princípio em sua atividade de criar regras. Marcio Sotelo Felipe menciona como exemplos o caso Hartz IV e o julgamento das cotas pelo Supremo Tribunal Federal como decisões que limitaram o poder do legislador de criar regras, conferindo concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵⁹

O caso Hartz IV, julgado na Alemanha no ano de 2010, em razão das Leis Hartz I a IV que procederam a alterações trabalhistas e previdenciárias, deu concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana e operou como garantia à pessoa de um mínimo existencial. As ações propostas visavam obter benefícios mais elevados que os fixados na lei Hartz IV, sob o fundamento de que os previstos nesta lei não garantiam o mínimo existencial. O Tribunal Constitucional decidiu pela ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios do Estado social.²⁶⁰

Interessante notar, que ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador teve o seu poder discricionário limitado pelo Poder Judiciário alemão. Este, sem determinar um *quantum* ou valor necessário à manutenção do mínimo existencial, impôs ao Poder Legislativo a revisão do método usado para a fixação do valor dos benefícios na Lei Hartz IV.

Pode-se ainda mencionar o julgamento de Nuremberg como exemplo no qual os princípios de ordem moral apresentaram preponderância sobre a legislação interna da Alemanha nazista que era seguida e executada por seus guardiões, sejam eles juízes,

²⁵⁸ Revela Marcio Sotelo Felipe: “No entanto, depois de praticamente um século e meio de predomínio do positivismo, a dignidade humana, concepção jusnaturalista, foi resgatada pelo direito para, pelo menos na sua esfera relativa e limitada, dar conta da perplexidade com o horror e a barbárie de um Estado moderno (o nazista) que se dedicou ao extermínio de uma parte da sua própria população e da de outros países. Ela se tornou princípio jurídico e trouxe seu corolário, a primazia dos direitos sobre o ordenamento”. (FELIPPE, op.cit., p.15-16).

²⁵⁹ Ibid., p.44.

²⁶⁰ Marcio Sotelo Felipe enfatiza que para chegar a esta conclusão o Tribunal considerou a Lei Hartz IV ofensiva ao artigo 1, I, da Lei Fundamental da Alemanha: “O Tribunal decidiu que o artigo 1, I, da Lei Fundamental da Alemanha, que diz que a dignidade da pessoa humana é inviolável e que respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público, ficou violado pela Lei Hartz IV por não haver garantia de que o mínimo existencial estivesse assegurado. Entre outros fundamentos, o Tribunal considerou ofensas à Lei Fundamental que o legislador tivesse se valido de estatísticas colhidas junto às famílias de baixo consumo para determinar o valor dos benefícios, rebaixando-os, portanto; e que o benefício para crianças contemplasse uma faixa de 0 a 14 anos, desconsiderando necessidades específicas nas idades aí compreendidas, em especial as que estavam em idade escolar”. (Ibid., p.44-45).

soldados da SS ou médicos. Verificou-se neste julgamento, que mesmo diante da alegação de que estavam apenas dando cumprimento ao preceituado na legislação alemã, não os eximiu de culpa quando era possível aos atores sociais realizar o juízo de convicção moral em segui-la ou não. Entendeu-se que estes deveriam ter valorado a regra, isto é, buscado se o sentido e a finalidade de sua existência eram o mesmo visado pelo Direito: o de proteção da pessoa humana.

Note-se, portanto, que a dignidade hoje é pensada como ponto de partida e de chegada do Direito. Entretanto, trata-se de um princípio que não apresenta um conceito fechado e estanque, mas volátil e aberto, transmutando-se conforme as necessidades e os anseios da sociedade de um determinado tempo e espaço.²⁶¹

Tendo em consideração esse novo paradigma, há que se conferir um tratamento distinto à pessoa idosa e analfabeta, cuja intenção seja realizar um contrato de empréstimo bancário, seja na forma consignada ou não. As regras desses contratos não podem ser aplicadas dissociadas das demais normas do ordenamento, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Saliente-se que a limitação da autonomia do idoso não é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo considerando que a liberdade em decidir o que é melhor para si constitui uma importante faceta da dignidade. Entra em jogo um aspecto relevante da dignidade, entendida enquanto a possibilidade de autodeterminação da pessoa. Essa perspectiva da dignidade deve ser relativizada em face da sua dimensão protetiva ou de assistência.²⁶²

Outro ponto de toque entre o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana e a realização de contratos de créditos bancários por consumidores idosos e

²⁶¹ Tércio Sampaio expõe essa norma de pensar a dignidade nos tempos de hoje: “Na verdade pode-se ir além, pois altera-se desse modo o antigo princípio segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, no ambiente em que a comunicação e a reciprocidade são meios para a realização individual, a dignidade centra-se no viver em livre comunicação com o outro”. (FERRAZ Jr., op.cit., 2014, p.54).

²⁶² KOPPERNOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung**. Baden-Baden: Nomos, 1997, p.19-20. O autor admite a limitação da dignidade em sua dimensão de autodeterminação quando faltar conhecimento técnico ao indivíduo. Traz como exemplo de relativização da capacidade de autodeterminação em face da dimensão protetiva da dignidade, o paciente que autoriza a extração de todos os seus dentes sem qualquer indicação médica. Nesse caso, a vontade do paciente deverá ser desprezada atendendo ao princípio da dignidade em sua dimensão protetiva. (*apud* SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana; construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.30-31).

analfabetos consiste na necessidade de preservação das suas aposentadorias como garantia do direito a uma existência digna e a preservação de um patrimônio mínimo.²⁶³

Por fim, outro aspecto da dignidade relacionada com a temática e que precisa ser enfatizada é a relação existente entre a concessão do crédito fácil a pessoas idosas e analfabetas, o consequente superendividamento e a necessidade de cortar despesas necessárias à sua sobrevivência.²⁶⁴

2.2.2. A necessidade de proteção do consumidor idoso e analfabeto e a insuficiência de regras de garantia a sua efetiva informação

A proteção ao vulnerável é uma realidade que se impõe hodiernamente como consequência do princípio da isonomia e a necessidade de promoção do equilíbrio entre as partes contratantes. O consumidor idoso e analfabeto não escapa a essa condição. Ao

²⁶³ Atente-se a seguinte ementa: “APELAÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTOS EM BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR SUPOSTO CONTRATO DE MÚTUO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. NÃO CABIMENTO. RESPONSABILIDADE DIRETA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR PROMOTORES DE SEUS SERVIÇOS DE EMPRÉSTIMOS (“PASTINHAS”). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO *OPE LEGIS* E *OPE JUDICIS*. RESPONSABILIDADE POR SERVIÇO DEFEITUOSO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES. EMPRÉSTIMO CAPTURADO DIRETAMENTE DA APOSENTADORIA DO IDOSO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL. SENTENÇA QUE DECLAROU A RESPONSABILIDADE MANTIDA.

1. Os interesses financeiros pelo lucro a qualquer custo humano como característica da sociedade do consumo não podem legitimar a exploração cruel do mais fraco pelo mais forte.

2. É sabido que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às instituições financeiras quando o dito consumidor se tratar de destinatário final. Aplicando-se, destarte, a responsabilidade objetiva.

3. O caso cuida de aposentada, idosa e analfabeta, onde não há qualquer prova capaz de tomar o instrumento contratual idôneo.

4. A inversão *ope judicis* é facultativa. Aplicada pelo juiz a quo no caso dos autos, diante da comprovada hipossuficiência da consumidora. Caberia ao banco provar que os fatos não aconteceram conforme o narrado e comprovado.

4. O banco apelante contratou empresa no Estado do Piauí a fim de operacionalizar seus serviços. Por sua vez, essa empresa contratou promotores (os “pastinhas”), a fim de venderem os serviços bancários, incluso empréstimo com desconto direto nos proventos de aposentado. Alega o banco culpa exclusiva de terceiros (dos promotores), responsáveis pela fraude.

5. A responsabilidade do banco, evidentemente, estende-se àqueles que promovem seus produtos. O abuso, o desrespeito e o descaso de instituições financeiras para com idosos que vivem em penúria no interior do Nordeste devem ser severamente reprimidos pelo Estado como um todo.

6. Em questão, a dignidade do ser humano e o direito a uma existência minimamente digna, no caso, garantida pela aposentadoria da lesada.

7. Os autos apontam que sequer a idosa recebera a quantia supostamente contratada. Inversão *ope legis*, legal e independente da vontade do juiz. Prestação de serviço defeituoso.

8. Aplicabilidade de mais de um sistema protetivo da pessoa vulnerável: Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso.

9. Apelo ao qual se nega provimento. Sentença mantida pela responsabilidade pelos danos morais e pela repetição do indébito em dobro.

(Apelação 2012.0001.005180-0 – LUIZ CORREIA. Relator Des. EDVALDO PEREIRA DE MOURA, in. DJ 13/05/2013, p.10).

²⁶⁴ Cristiano Heineck Schmitt, ao analisar a pesquisa “O idoso frente ao empréstimo consignado”, desenvolvida pelo professor Johannes Doll em conjunto com a fundação Procon de São Paulo e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul expõe: “Acerca das consequências da tomada de crédito, a pesquisa relatada constatou que 33% dos devedores passavam por dificuldades para pagar o empréstimo, sendo que 58% se viram forçados a cortar gastos com necessidades básicas. Outrossim, para 41% dos entrevistados, após a percepção do crédito, a vida teria piorado financeiramente, sendo que, para 24%, nada teria sido alterado”. (SCHMITT, op.cit., p. 138).

contrário, a sua vulnerabilidade é constatada em dois aspectos, primeiramente por se tratar de consumidor, mas também em razão do analfabetismo, característica que mitiga sobremaneira a habilidade de compreensão de contratos escritos. Por essa razão se caracteriza o consumidor idoso e analfabeto como um indivíduo de acentuada ou extrema vulnerabilidade.

São pouquíssimas as regras existentes no sistema brasileiro que disciplinam e regem os contratos realizados por analfabetos. Na verdade, as relações privadas desenvolvidas diuturnamente pelos analfabetos, sobretudo quando manifestadas através de instrumentos escritos, carecem de regras que efetivamente garantam a sua plena informação e, por consequência, a formação livre de sua vontade.

Observa-se que, na prática, as regras brasileiras do Código Civil²⁶⁵ e da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73)²⁶⁶ são ineficazes no sentido de possibilitarem a informação efetiva ao indivíduo idoso e analfabeto. A partir dessa constatação, impõe-se a criação de regras capazes de conferir efetividade ao princípio da boa-fé objetiva, no sentido da necessidade de se garantir a plena e irrestrita informação ao analfabeto e, principalmente, de se alcançar uma autonomia qualificada, a fim de que seja construída a habilidade de tomada de decisões de forma consciente.

O que se constata diuturnamente é que a exigência da assinatura a rogo é uma formalidade criada com o intuito protetivo, mas que não vem atingindo a sua finalidade. Entende-se que a exigência de forma precisa estar relacionada com a proteção dos valores que orientaram a sua criação.²⁶⁷ No momento em que esse objetivo não está sendo atingido,

²⁶⁵ Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer:
III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Art. 215. “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

§ 2º “Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo”.

Art. 595. “No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

²⁶⁶ Art. 37, § 1º, da Lei 6015/73. “As partes, ou seus procuradores, bem como as testemunhas, assinarão os assentos, inserindo-se neles as declarações feitas de acordo com a lei ou ordenadas por sentença. As procurações serão arquivadas, declarando-se no termo a data, o livro, a folha e o ofício em que foram lavradas, quando constarem de instrumento público”. § 1º “Se os declarantes, ou as testemunhas não puderem, por qualquer circunstância assinar, far-se-á declaração no assento, assinando a rogo outra pessoa e tomando-se a impressão dactiloscópica da que não assinar, à margem do assento”.

²⁶⁷ Como ensina Danilo Doneda: “Uma funcionalização do instituto da forma, nesta perspectiva, revela sua aptidão a realizar tarefas que, de outra forma, seriam dificilmente sanáveis e resultariam em um desrespeito aos interesses postos em jogo na contratação. O formalismo, nesta dimensão, tem como motivação não mais a literalidade dos atos e a simples segurança jurídica que o orientavam, mas sim valores cuja proteção pode ser atingida através da interposição do requisito formal para negócios que o demandem”. (DONEDA, Danilo. Uma mera formalidade? In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 208).

a forma deixa de cumprir o seu papel, sendo necessário que os intérpretes e os legisladores mostrem outro caminho a ser seguido.

Atualmente, sequer há exigência legal do contrato de crédito ser escrito, tal qual ocorre na Espanha.²⁶⁸ No Brasil, corriqueiramente consumidores idosos e analfabeto podem realizar contratos de crédito de forma bastante simplificada, como pelos caixas eletrônicos, agências de correios e até mesmo por telefone e *internet* sem que qualquer contrato seja entregue ao consumidor.

3. PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS COMO COMPONENTES DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR IDOSO ANALFABETO

Como integrantes e componentes do sistema normativo, regras e princípios completam-se e interpenetram-se. Isto é o mesmo que dizer que a aplicação de um interfere na incidência do outro e que ambos devem ser pensados conjuntamente.

Marcio Sotelo Felipe, ao analisar o papel dos princípios em duas decisões, chega a defender a superioridade deles quando comparados às regras, pois, segundo ele, os princípios trazem uma forma mais sofisticada de raciocínio que terminam por legitimar ou não as regras.²⁶⁹ Entretanto, princípios e regras devem ser pensados de forma harmônica não existindo hierarquia entre ambos. Ocorre que por ser a regra um tipo de norma mais fechada que o princípio sua incidência é mais difícil de ser superada.

Assim, podem regras e princípios em um caso concreto determinado contraporem-se. Mas, de um modo geral, o que se constata são os princípios em harmonia com as regras, as quais trazem comportamentos necessários à realização daquele. Observa-se, nessa linha, que o artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor enuncia a prática abusiva consistente no fornecedor exigir obrigação manifestamente excessiva do consumidor. Trata-se de uma regra que de forma imediata traz a proibição de um comportamento por parte do fornecedor e mediatamente visa alcançar a finalidade buscada pelo princípio da confiança. Essa cláusula abusiva do artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor está diretamente relacionada à finalidade buscada pelo Código Consumerista

²⁶⁸ “[...] cuando se trata de un contrato de financiación al consumo, y cualquiera que sea el tipo negocial que adopte, debe formalizarse y documentarse por escrito y con las condiciones legales para que sea válido y despliegue sus efectos. En este sentido, el art. 16 de la LCCC bajo el título ‘Forma y contenido de los contratos’ dispone que ‘1. Los contratos de crédito sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redacta-adecuado’. La forma escrita en los contratos de crédito al consumo es exigida como requisito de validez *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, no meramente *ad probationem*, por lo que su omisión determinará la nulidad del contrato así celebrado” (BERGARECHE, op.cit., p. 46-47).

²⁶⁹ FELIPPE, op.cit., p.47.

na manutenção das relações exercidas de modo leal, de modo a prestigiar a confiança entre os sujeitos dessa relação jurídica.

Da mesma forma, o conteúdo do princípio é explicado através da complementação por meio das regras. O que se deve entender por boa-fé objetiva? É através da análise das condutas abusivas que o intérprete vai observar as condutas desleais que o legislador desejou reprimir.

Por sua vez, a eficácia das regras está imbricada com o maior ou menor consenso sobre elas e este, encontra-se diretamente relacionado com os anseios e expectativas da maioria que compõe a sociedade.²⁷⁰ A validade, de modo distinto, está relacionada à autoridade das regras, a presença de seus pressupostos e sua formação por meio do processo democrático.²⁷¹ Isso não acontece com a eficácia, esta sim, sujeita ao processo de assimilação social, ao senso comum de justiça e razoabilidade dos comandos.

Na hipótese de confronto entre princípios e regras, estas podem deixar de ser aplicadas diante da incidência de um princípio. Sobre essa assertiva há inúmeros exemplos retirados da doutrina. O primeiro que sempre vem à mente é o diálogo entre Sócrates e Polemarco sobre as observações de Simônides.²⁷² Neste diálogo há uma regra de que os depósitos devem ser devolvidos, mas e se um amigo nos confia ouro e solicita a devolução que lhe fará mal? Vale a regra ou o juízo de convicção moral de que se deve fazer o bem aos amigos? E esse questionamento importa na seguinte pergunta: existe hierarquia entre princípios e regras? E mais: na existência de um confronto entre um princípio e uma regra deve necessariamente prevalecer a regra ou o princípio?

²⁷⁰ Nesse sentido a eficácia assemelha-se à efetividade. Atente-se à observação de Marcos Bernardes de Mello, para o qual a eficácia também pode ser a jurídica (cujos efeitos decorrem de fatos jurídicos) e a eficácia legal, na qual há incidência da norma jurídica sobre os fatos dando origem aos chamados fatos jurídicos. (MELLO, op.cit., p. 1-2).

²⁷¹ Mais uma vez ensina Marcos Bernardes de Mello: “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico”. (Ibid., p. 3).

²⁷² “Sócrates — Evidentemente, é impossível não dar razão a Simônides, homem sábio e divino. Não obstante, tu, Polemarco, deves saber o significado do que ele diz, ao passo que eu o ignoro. Está claro que Simônides não se expressou a respeito do que falávamos, sobre restituir a uma pessoa algo do qual nos foi confiada a guarda, sendo que essa pessoa veio a perder a razão. Contudo, devemos ou não restituir um objeto do qual foi-nos confiada a guarda?

Polemarco — Claro que devemos.

Sócrates — Mas de forma alguma deve ser restituído se quem o reclamar tiver perdido a razão?

Polemarco — Com certeza.

Sócrates — Então, parece-me que Simônides quer dizer outra coisa quando afirma ser justo que restituamos o que devemos.

Polemarco — Certamente que se trata de outra coisa, por Zeus! Na opinião dele, deve-se fazer sempre o bem aos amigos, nunca o mal.

Sócrates — Compreendo. Não é lícito devolver a uma pessoa o ouro do qual ela nos confiou a guarda, se essa devolução lhe for prejudicial, e se os que o restituem forem seus amigos. É isto que quis dizer Simônides?”. Platão, A república. (Disponível em: www.filosofia.com.br/figuras/livros_inteiro/36txt. Acesso em: 22 dez.2015).

E quando uma regra deixar de ser aplicada ocorre o que Humberto Ávila denomina de “processo de superação de razões”, pelo qual o intérprete chegou à conclusão de que existe uma razão contrária mais forte do que a razão que justifica a existência da regra, criando-se, assim, uma exceção à aplicação desta regra.²⁷³

Mesmo preenchidas as condições de validade da regra não quer dizer que necessariamente ela será aplicada. A depender da hipótese concreta podem as condutas previstas na regra ocorrerem e, mesmo assim, a regra não ser utilizada pelo julgador. Deste modo não é correto afirmar que as regras têm aplicabilidade certa e imediata.²⁷⁴

3.1. Definições de princípios, regras e postulados

Definir o que seja um princípio, uma regra e um postulado é tarefa das mais importantes, isto porque, ao defini-los criam-se as distinções necessárias às suas aplicações e ao raciocínio jurídico, bem como compreende-se melhor o sistema jurídico.

Humberto Ávila traz uma definição de regras e princípios de fácil compreensão e moldada à noção que se tem de sistema. As regras são normas imediatamente descritivas enquanto os princípios são imediatamente finalísticos. Dizer que uma norma é imediatamente descritiva é o mesmo que afirmar que trazem em seu bojo obrigações, permissões e proibições de condutas. De outro modo, pensar em uma norma imediatamente finalística é compreendê-la enquanto prescrição de “um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”.²⁷⁵ O certo é que os princípios não prescrevem condutas a ser seguidas diretamente, o que eles trazem são fins normativos relevantes a serem buscados.

Assim, não se tem no princípio a descrição direta do comportamento a ser seguido, apesar de Humberto Ávila explicar que, através do processo interpretativo, é possível alcançar esse comportamento.²⁷⁶ De outro modo, nas regras, o comportamento já

²⁷³ ÁVILA, op.cit., p.77. Por sua vez, Vicente Ráo atribui esse relevante papel a equidade. Segundo os seus ensinamentos: “Adaptar a lei aos casos concretos, suprir-lhe os erros e as lacunas, mitigar-lhe a rigidez com escopo de *humanitas*, de *benignitas*, não significa ser lícito ao juiz, em princípio, julgar *contra legem*. Sem dúvida casos ocorrem, raríssimos, nos quais pode o juiz encontrar-se em face de lei obsoleta, ou manifestamente iníqua, não mais correspondente às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar-se a lei inadaptável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do direito. Fora desses casos, a equidade se caracteriza como um modo particular de atenuação da rigidez das normas; não é um direito, mas um atributo do direito”. (RÁO, op.cit., p. 60-61).

²⁷⁴ ÁVILA, op.cit., p.72.

²⁷⁵ Ibid., p.95.

²⁷⁶ “Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies

vem descrito diretamente pelo legislador.²⁷⁷ Mas, a conceituação das regras e dos princípios não é uniforme na doutrina jurídica, como aliás quase tudo.

Muitas vezes se tenta distinguir princípios e regras pelo modo de sua aplicação. Importante atentar para o fato de que a aplicação de regras não é só subsunção e admite o exercício de ponderação. Ponderação, pois, não é privativa dos princípios. Tanto na aplicação das regras como dos princípios há ponderação, mas esta é diferente nos dois casos.²⁷⁸ Nota-se que nas regras o grau de rigidez é maior que no caso dos princípios, pois nestes o conteúdo expresso na norma é mais aberto, mais amplo.

Deste modo, a distinção entre princípios e regras centra-se em algo além do exame da forma de aplicação. Assim, não é suficiente mencionar que, na regra, o processo de aplicação usado é o da subsunção e já no princípio utiliza-se a ponderação. Isto porque a regra não está isenta de ponderação, na medida em que a aplicação de uma regra não dispensa a sua interpretação conjunta com os princípios existentes no ordenamento. Do mesmo modo, a aplicação dos princípios, normalmente, depende da complementação por meio de regras.²⁷⁹

O que se observa comumente é que a eficácia das regras está diretamente relacionada à sua razoabilidade e senso comum de justiça.²⁸⁰ Trilha este mesmo raciocínio Humberto Ávila ao exemplificar que o princípio da moralidade não indica os comportamentos a serem adotados; é através de sua interpretação que se indicará a lealdade necessária a compor o estado de coisas exigido pelo princípio.²⁸¹

O princípio da boa-fé objetiva dá sentido à regra que impõe ao fornecedor informar o consumidor. Por sua vez, a regra traz uma das condutas almejadas através da

de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes”. (ÁVILA, op.cit., p.64-65).

²⁷⁷ ÁVILA, op.cit., p.86-87.

²⁷⁸ Humberto Ávila cita como exemplo a ponderação de regras face às hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito e democracia. (ÁVILA, op.cit., p.79-82).

²⁷⁹ “A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas”. (ÁVILA, Op.cit., p.69-70). Sobre a distinção entre princípios e regras, Luigi Ferrajoli: “É claro que, caso se admita que a diferença não é qualitativa, então a diferença quantitativa também se embaça, ficando fácil perceber que as características da indeterminação, da generalidade e, como se verá mais adiante, até mesmo da ponderabilidade às vezes também se apresentam nas regras, não menos e em algumas ocasiões ainda mais do que nos princípios”. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: (Orgs.) FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36).

²⁸⁰ Para Marcio Sotelo Felipe, “o princípio é o modo jurídico de dar sentido a uma regra, aniquilá-la ou dar-lhe validade a despeito da convencionalidade” (FELIPPE, op.cit., p.57-58).

²⁸¹ ÁVILA, op.cit., p.70.

enunciação do princípio. E assim, regra e princípio juntos compõem de forma harmônica o sistema.²⁸²

Portanto, a forma de raciocinar o caso concreto submetido ao Direito não pode ser compartimentalizada em blocos, que não se comunicam, mas precisa compreender o fenômeno jurídico como um todo a fim de que se operacionalize como um sistema coerente e uniforme.²⁸³

Essa necessidade de se entender o sistema como um complexo de normas que se comunicam faz nascer o conceito de postulado. Estes são responsáveis por estruturar a aplicação de outras normas²⁸⁴, não trazem, pois, a previsão de condutas, como as regras, nem um fim a ser realizado, como o faz os princípios.

No sistema consumerista é corrente o uso, pela jurisprudência, dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade na decisão dos casos concretos, para os quais inexistente regra específica para o seu tratamento ou mesmo como forma de promover a aplicação de um princípio já existente ou estender a aplicação de uma regra, como se pode constatar adiante.

A cobrança diferenciada de preço de combustível em razão do pagamento em dinheiro ou em cartão de crédito foi entendida como abusiva, no julgamento do REsp 1.133.410-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/3/2010, apesar de não existir regra específica vedando esse comportamento do fornecedor. Restou clara a aplicação do princípio da razoabilidade de modo a impedir que esse custo da utilização da modalidade de

²⁸² Observa-se essa interação entre a regra e o princípio na seguinte decisão: Brasil. TJRJ. Acórdão 0002882-06.2011.8.19.0046 – Apelação. Ementa Werson Franco Pereira Rego – Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Instituição Financeira e Administradora de Consórcio. Santander. Pretensão Declaratória de nulidade de negócio jurídico cumulada com repetição de indébito e compensatória de danos morais. Sentença de procedência dos pedidos. Apelação Cível interposta pelas rés, visando a reforma integral do julgado. Responsabilidade objetiva das rés. Excludentes de responsabilidade não configuradas. Fato do serviço caracterizado. Vício de Informação. *Ausência de Informações adequadas, claras e precisas quando da celebração do contrato de consórcio de imóveis, o que, se ocorresse, inviabilizaria a contratação. Má fé na captação de cliente.* Descontos indevidos em conta corrente. Devolução em dobro dos danos materiais que se impõe. Dano moral *in re ipsa*. Verba compensatória de danos morais (R\$ 10.000,00). Adequada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem olvidar a natureza punitivo-pedagógica da condenação. Sentença mantida por decisão monocrática. Agravo interposto, com fundamento no artigo 557, 1º do Código de Processo Civil. *Error in Procedendo* ou *Error in judicando* inexistentes. Manutenção da decisão. Recurso não provido. Publicação: 28-08-2015. Julgamento: 26-08-2015. (Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>. Acesso em: 01 out.2015).

²⁸³ Nesta linha de intelecção conclui Alexy: “A distinção entre regras e princípios é uma questão altamente abstrata da teoria geral das normas. Ela possui, ao mesmo tempo, consequências de largo alcance para a teoria do raciocínio jurídico. Se o direito contém ambos, então o raciocínio jurídico inevitavelmente combina subsunção e ponderação”. (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.35). Luigi Ferrajoli pontua: “A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. [...] Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, à violação das segundas”. (FERRAJOLI, op.cit., p. 40-41).

²⁸⁴ ÁVILA, op.cit., p.88-89.

pagamento (cartão de crédito) fosse repassado ao consumidor, passando a ser entendido como uma prática abusiva decorrente da aplicação da razoabilidade e do sistema de proteção ao consumidor.²⁸⁵

Da mesma forma, foi considerado impróprio o serviço prestado por companhia aérea que não informou ao consumidor de nacionalidade boliviana acerca da necessidade de visto para ingresso em território francês, em direta aplicação do postulado da razoabilidade e do direito à informação do consumidor. A Relatora Ministra Nancy Andrighi, em julgado de 19/11/2009, entendeu ser razoável se esperar desse serviço a correta informação sobre o serviço contratado, bem como sobre os riscos que podem frustrar o seu atendimento.²⁸⁶

²⁸⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº427. Período: 15 a 19 de março de 2010. Terceira Turma. PREÇO DIFERENCIADO. VENDA. COMBUSTÍVEL. Cinge-se a questão em saber se a cobrança de preços diferenciados pela mesma mercadoria (combustível) para o pagamento em espécie e para aquele efetuado por cartão de crédito constitui prática consumerista reputada abusiva. Para o Min. Relator, a análise da matéria recai, especificamente, sobre a relação jurídica que se estabelece entre o cliente (consumidor) e o estabelecimento comercial (fornecedor). Nessa relação, constata-se que o estabelecimento comercial, ao disponibilizar a consumidores o pagamento mediante cartão de crédito, cada vez mais utilizado, agrega ao seu negócio um diferencial, um valor que tem o condão de aumentar o fluxo de clientes e, por consequência, majorar seus lucros. O pagamento por cartão de crédito garante ao estabelecimento comercial o efetivo adimplemento, já que a administradora do cartão responsabiliza-se pela compra do consumidor, assumindo o risco de crédito e de eventual fraude. Nesse ponto, com essa modalidade de pagamento (que só se dará a partir da autorização da emissora), o consumidor exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir àquele plena quitação. Está-se, portanto, diante de uma forma de pagamento à vista e, ainda *pro soluto* (que enseja a imediata extinção da obrigação). O custo pela disponibilização dessa forma de pagamento é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário e destinada à obtenção de lucro, em nada se referindo ao preço de venda do produto final. Imputar mais esse custo ao consumidor equivaleria a atribuir a ele a divisão de gastos advindo do próprio risco do negócio (de responsabilidade exclusiva do empresário), o que, além de refugir da razoabilidade, destoa dos ditames legais, em especial, do sistema protecionista do consumidor. Pela utilização do cartão de crédito, o consumidor já paga à administradora e emissora do cartão de crédito taxa pelo serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o referido custo pela disponibilização importa em onerá-lo duplamente (*in bis idem*) e, por isso, em prática de consumo que se revela abusiva. Assim, por qualquer aspecto que se aborde a questão, inexistem razões plausíveis para a diferenciação de preços para o pagamento em pecúnia, por meio de cheque e de cartão de crédito, constituindo prática de consumo abusiva nos termos dos artigos 39, X, e 51, X, ambos do CDC. REsp 1.133.410-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/3/2010. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 dez.2015).

²⁸⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº416. Período: 16 a 20 nov.2009. Terceira Turma. CDC. PASSAGEM AÉREA. VISTO. A filha presenteou sua mãe com uma viagem de ambas à Europa. Para tanto adquiriu junto à companhia aérea recorrida as passagens com destino a Londres e, de lá, a Paris. Ambas compareceram, na data aprazada, ao guichê da recorrida, no Aeroporto Internacional de São Paulo, e realizaram os procedimentos de *check-in* sem contratempo. Já em solo inglês, foram surpreendidas com a informação de que a mãe não poderia embarcar rumo à França, pois, por ser boliviana, faltava-lhe necessário visto para ingresso no território francês, o que a forçou a retornar sozinha ao Brasil, pois a filha rumou a Paris por força de compromissos profissionais, daí a ação de indenização por danos morais e materiais. É impróprio o serviço (artigo 20, §2º, do CDC) que se mostra inadequado ao fim que razoavelmente dele se espera. Essa razoabilidade está intimamente ligada ao direito de informação do consumidor (artigo 6º, III, do CDC). Além de clara e precisa, a informação prestada pelo fornecedor deve conter as advertências ao consumidor a respeito dos riscos que podem eventualmente frustrar a utilização do serviço contratado. A correta prestação de informação, além de ser direito básico do consumidor, demonstra a lealdade inerente à boa-fé objetiva e constitui ponto de partida para a perfeita coincidência entre o serviço oferecido e o efetivamente prestado. Isso posto, na hipótese, caberia à companhia aérea ter-se pronunciado de forma esmerada a respeito das medidas que deveriam ser tomadas pelas passageiras para que se viabilizasse o sucesso da viagem, o que engloba não só advertências quanto ao horário de *check-in*, como também o alerta acerca da necessidade de obtenção de prévio visto de ingresso no país estrangeiro. Com esse entendimento, a Turma fixou a indenização dos danos morais em R\$ 20 mil. Anote-se que o pedido de indenização por danos materiais foi tido por improcedente pelas instâncias ordinárias, decisão da qual não houve recurso. REsp 988.595-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.19-11-2009. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 dez.2015).

O mesmo postulado da razoabilidade existente para criar uma obrigação, derivada de um princípio ou de uma regra jurídica, também pode ser utilizado para mitigá-los, os quais passarão a não ser exigidos no julgamento específico de um caso concreto, como se observa no Recurso Especial (REsp) 975.346-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 18/12/2007. Nesse julgado, a ministra Eliana Calmon entendeu não ser razoável exigir o detalhamento das ligações locais pelas empresas de telefonia, em curto espaço de tempo, e que, portanto, não existia qualquer ofensa aos princípios da transparência e da informação, elencados no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.²⁸⁷

3.2. A construção de direitos para o consumidor idoso analfabeto a partir da interpretação dos princípios, das regras e dos postulados do Código de Defesa do Consumidor

Se é certo que o Direito é uma ciência em constante evolução, que caminha conforme os anseios e desejos de uma comunidade, é correto também que estará sempre a um passo atrás dos acontecimentos, reclamando do intérprete um posicionamento atento e perspicaz do fato inserido em um contexto de tempo e espaço.

A previsão de um direito por meio de uma regra cria para o sujeito uma pretensão em tê-lo respeitado. Ao se violar um direito, se pensa na vítima, naquele que teve a sua expectativa frustrada, mas é necessário ir além, atentar para o fato de que a violação a uma regra não gera apenas o problema para uma pessoa em especial, mas causa a todo o sistema jurídico um prejuízo, uma desordem, trazendo uma sensação de ineficácia.²⁸⁸ Deste

²⁸⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº343. Período: 17 dez.2007 a 8 fev. 2008. 2ª Turma. CONCESSIONÁRIA. TELEFONIA. NÃO-DISCRIMINAÇÃO. IMPULSOS EXCEDENTES. CDC. Na espécie, questiona-se a forma de tarifação que é imposta pela concessionária de telefonia, em razão da não-discriminação de todos os impulsos consumidos pelo usuário, o que violaria o direito básico de transparência e de informação do consumidor, previsto no artigo 6º, III, do CDC. A Min. Relatora, baseando-se em seu voto proferido no REsp 942.546-RS, entendeu que, após o necessário processo de modernização do setor de telecomunicações capitaneado pela Anatel, a transparência exigida pelo artigo 6º, III, do CDC e pelo artigo 3º, IV, da Lei Geral de Telecomunicação, no que toca à política de tarifação dos serviços públicos prestados pelas concessionárias, encontra-se, na atualidade, plenamente atendida, não havendo que se falar em violação de tais dispositivos legais. Ademais, examinada a questão sob a ótica do princípio da razoabilidade, vê-se que a complexidade técnica e operacional exigida para promover a alteração na sistemática de medição dos serviços de telefonia e para implementar o detalhamento de todas as ligações locais, objeto de gradativa e progressiva política pública para a modernização do setor de telefonia, não poderia ser determinada de forma simplista, em curto espaço de tempo, mediante interferência do Poder Judiciário, como pretendido pela autora da presente demanda. REsp 975.346-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j.18-12-2007. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 dez.2015).

²⁸⁸ Hannah Arendt, nesta passagem, demonstra essa necessidade de restauração da ordem jurídica diante de sua violação: “O malfeitor é levado à justiça porque seu ato perturbou e expôs a grave risco a comunidade como um todo, e não porque, como nos processos civis, indivíduos foram prejudicados e têm direito à compensação. A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente; é o corpo político em si que exige ‘compensação’, e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem de ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, não a vítima, que deve prevalecer”. (ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.283).

ato decorre a grande necessidade de se criar um sistema que promova a segurança jurídica no sentido de respeito e cumprimento às regras, sem descurar, no entanto, da constante atualização e revigoramento do Direito, através de métodos que permitam sua oxigenação.

O fato é que a constante violação das regras e os altos valores indenizatórios atribuídos pelos tribunais brasileiros não cumprem a função de desestimular práticas que causam lesões às pessoas. Pior, gera na comunidade uma sensação de insegurança e de ineficácia das normas postas.²⁸⁹

Os princípios e os postulados funcionam, dentro do sistema jurídico, como a forma pensada para permitir a oxigenação e constante atualização do Direito. Assim, através do exame dos princípios adotados por um ordenamento jurídico se faz diferentes leituras de uma mesma regra ou até mesmo se pensa em direitos e bens jurídicos a serem protegidos sem previsão expressa em regra. Por sua vez, através dos postulados se pode mitigar, no caso concreto, através de um juízo de ponderação, a incidência de uma regra ou de um princípio.

Como exemplo de mitigação de uma regra pelo postulado da razoabilidade, a Rel. Min. Nancy Andrighi entendeu que a má gestão dos fundos de investimento pelas instituições financeiras gera dano moral e material a ser assumido por estas, pois delas não é razoável se esperar operações temerárias e excessivamente arriscadas, apesar do risco naturalmente envolvido nestas aplicações. Conclui a relatora pela prestação de um serviço defeituoso, apesar da existência de uma regra que exclui a responsabilidade da fornecedora de serviço caso comprovada a inexistência de nexo de causalidade.²⁹⁰

²⁸⁹ Com esse mesmo entendimento, Rogério Donnini comenta: “Lesar a outrem (*alterum laedere*) de maneira facilitada, como sucede em nosso país, em que não há um meio dissuasório efetivo para o combate à prática reiterada de danos, torna a vida mais difícil, menos segura, com evidentes distorções nos âmbitos social, econômico e ético”. (DONNINI, Rogério Ferraz. Op.cit., 2015, p.45).

²⁹⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº489. Período: 5 a 19 dez. 2011. Terceira Turma. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSO. CONTRATO DE FUNDO DE INVESTIMENTO. CDC. Trata-se de apelo especial em que mantida a condenação de instituição financeira ao pagamento de indenização por danos materiais e morais ao cliente, em decorrência da prestação defeituosa do serviço, na administração de fundo de investimentos, pois não observado o dever de informação e comprovada a má gestão nas aplicações financeiras. Inicialmente, sustentou-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos de fundo de investimento, uma vez que caracterizada a relação de consumo entre a instituição financeira – prestadora do serviço de administração de fundo de investimento – e o investidor – tomador de tal serviço (Súmula nº297 do STJ). Em seguida, destacou-se a responsabilidade solidária entre os integrantes da cadeia de consumo nos exatos termos do artigo 7º, parágrafo único, do CDC. Dessa forma, assentada nas instâncias ordinárias a responsabilidade de ambas as instituições financeiras pelos danos causados ao cliente, qualquer entendimento em sentido contrário, para acolher as alegações trazidas pelo recorrente, exigiria o amplo revolvimento do conteúdo probatório, vedado na via eleita (Súmula nº7 do STJ). No tocante às causas excludentes do nexo de causalidade levantadas no apelo especial, nenhuma se mostrou apta a afastar a responsabilidade das instituições financeiras na prestação do serviço defeituoso. Asseverou a Min. Relatora que, não obstante fosse imprevisível a mádesvalorização sofrida pelo real em janeiro de 1999, se observada pelas instituições financeiras, na gestão dos fundos, a conduta proba imposta pela legislação consumerista, em especial a atenção ao dever de informação e transparência, os prejuízos suportados pelo recorrido poderiam ser amenizados. Acrescentou, ademais, que a má gestão dos fundos, consubstanciada nas arriscadas e temerárias operações realizadas pelas instituições financeiras com o capital do recorrido, ultrapassa a razoabilidade prevista no artigo 14, §1º, II, do CDC, a justificar a não aplicabilidade da excludente do nexo de causalidade, ainda que se trate de aplicações de risco. Por fim, considerou-se serem devidos os

Em outro momento, o postulado da razoabilidade é utilizado para impedir a criação de regra não prevista em lei e que não se apresente razoável quando analisada inserida no sistema jurídico. No REsp 957.900-SP, o Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira entendeu não ser razoável exigir que as operadoras de plano de saúde precisem ingressar em juízo para rescindir contrato, após já terem notificado o consumidor inadimplente, atendendo ao artigo 13, parágrafo único II, da Lei nº9.656/1998.²⁹¹

A partir desta leitura e através da análise dos casos concretos postos a julgamento nos tribunais aqui exemplificados, é perfeitamente possível pensar na criação de um direito não previsto expressamente em uma regra através da interpretação que se confira a um princípio. E é essa nova concepção, que estimula e promove comportamentos, que será determinante para se alcançar normas atreladas à realidade e às necessidades de um povo.²⁹²

Pode-se afirmar, portanto, que é possível construir uma interpretação, a partir do princípio da boa-fé objetiva, que obrigue as instituições bancárias fornecedoras de crédito, a prestar informação real ao consumidor idoso analfabeto acerca do contrato que pretende pactuar. Diga-se, ainda, que entregar ao consumidor papéis escritos com cláusulas acessíveis ao entendimento do homem médio não atende ao princípio da boa-fé objetiva quando o prestamista está diante de um consumidor analfabeto. Essa afirmação encontra acolhida no fato de que o fornecedor tem prévio conhecimento que o consumidor não será hábil a engendrar uma vontade qualificada apenas com a entrega do contrato escrito, comportando-se, pois, de forma desleal.

juros de mora pela demora no cumprimento da obrigação, que não se confundem com os juros remuneratórios ou compensatórios já englobados no retorno financeiro de um fundo de investimento. (REsp 1.164.235-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.15-12-2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br> Acesso em: 22 dez.2015).

²⁹¹ Informativo nº487. Período: 7 a 18 nov.2011. Quarta Turma. PLANO DE SAÚDE. NOTIFICAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. Trata-se, na origem, de ação na qual a ora recorrida busca a nulidade da rescisão unilateral de contrato levada a efeito pela operadora de plano de saúde. A Turma entendeu que, desde que fique comprovado o atraso superior a 60 dias e seja feita a notificação do consumidor, é permitida a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde nos termos do artigo 13, parágrafo único, II, da Lei nº9.656/1998. Assim, ao afirmar que não basta a notificação prevista na mencionada norma, sendo imprescindível a propositura de ação judicial, o tribunal *a quo* criou exigência não prevista em lei. Logo, configura medida descabida e sem qualquer razoabilidade exigir que as operadoras de plano de saúde ingressem em juízo para cancelar contratos de consumidores inadimplentes. (REsp 957.900-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.17-11-2011).

²⁹² Atente-se à observação de Jürgen Habermas: “Todavia, logo que modos de comportamento observáveis precisam ser interpretados em relação com expectativas, as condições do agir não são mais dadas independentemente da interpretação do agente. Entre estímulo e reação comportamental intercalam-se esquemas de interpretação que precisam ser determinados enquanto tais, para que imprimam uma forma à concepção do mundo tanto quanto às necessidades”. (HABERMAS, op.cit., p. 158-159).

O princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor²⁹³, assim como a regra do artigo 31 deste mesmo diploma legal²⁹⁴, enunciam a obrigação de informação clara, precisa e correta sobre o produto ou serviço a ser comercializado. Ocorre que, apesar de todas essas regras, a sua eficácia fica bastante comprometida no dia a dia vivenciado nas promotorias de justiça. Por essa razão surge a necessidade de informação do consumidor idoso e analfabeto no tocante às cláusulas do mútuo bancário.

Não há regra jurídica que confira à pessoa idosa e analfabeta o direito de contar com um assistente na celebração do contrato de consignação. É incoerente entender o direito à assistência do idoso e analfabeto como decorrente do princípio da boa-fé objetiva? Será incorreto compreender como um direito que decorre da análise de todo o sistema de proteção criado para as pessoas vulneráveis acrescido da necessidade de ampla e irrestrita informação da pessoa idosa e analfabeta? Representa uma desconformidade com o sistema jurídico brasileiro atual exigir que a pessoa idosa e analfabeta esteja plenamente assistida por alguém, propiciando-lhe a capacidade de entender e compreender um contrato esclarecendo suas dúvidas e possibilitando sua livre escolha? A todos esses questionamentos responde-se negativamente.

Dessa maneira, a proteção à pessoa idosa e analfabeta representa uma consequência natural do princípio da vulnerabilidade, base normativa de todo o sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor, bem como da previsão do princípio da boa-fé objetiva e da ampla necessidade de informação ao consumidor.²⁹⁵

²⁹³ Artigo 4º, da Lei nº8.078/90 “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), *sempre com base na boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.” (grifos nossos). (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 03 out.2015).

²⁹⁴ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 03 out.2015).

²⁹⁵ Brasil. TJ-RS. Tipo de Processo: Apelação Cível Classe CNJ: Apelação. Número: 70065484669. Órgão Julgador: Vigésima Terceira Câmara Cível. Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre. Seção: CIVEL. Assunto CNJ: Bancários. Decisão: Acórdão. Relator: Ana Paula Dalbosco. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IDOSO. VIOLAÇÃO AO CDC E AO ESTATUTO DO IDOSO. Dever de indenizar. A parte ré não trouxe um único indício de prova no sentido de que a parte autora realizou movimentação na conta bancária após ter solicitado o seu encerramento, cujos encargos, multas e taxas decorrentes acarretaram o envio de seu nome aos órgãos de restrição creditícia. Inegável o dever de indenizar, visto que o autor foi inscrito em órgãos restritivos de crédito por um débito que sequer restou provado existente. No caso dos autos, o banco claramente praticou um ato que o CDC qualifica como "abusivo", qual o de aproveitar-se da fragilidade do idoso, encerrando verbalmente a conta corrente

A assistência a esse consumidor com vulnerabilidade potencializada decorre do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, mas desse princípio não se pode extrair a ausência de legitimidade do consumidor idoso e analfabeto em pactuar sozinho com as entidades bancárias contratos de empréstimo.

3.3. A Constituição Federal brasileira de 1988 como ponto de conexão entre os princípios e as regras do sistema de proteção ao consumidor idoso analfabeto

Ao se pensar no ordenamento jurídico enquanto sistema composto por regras, princípios e postulados que conversam e interagem formando um complexo de normas harmônicas, há que se ter também um elemento responsável por unir esses diversos componentes do sistema jurídico, a fim de que não se tornem um complexo de conceitos e institutos dissociados. É assim que a Constituição Federal brasileira de 1988 se apresenta, como um elo entre esses elementos do sistema normativo, representando um ponto de conexão e convergência entre os princípios, as regras e os postulados.

É por meio da interpretação das regras e princípios constitucionais que se permite a oxigenação do Direito e a renovação do pensamento jurídico, sobretudo pela

para depois alegar que não firmou documento neste sentido. O só fato desse abuso implica, por inferência lógica, que houve lesão também à lei que obriga todos a tratarem com respeito o idoso. Aproveitar-se das suas visíveis fragilidades é, insisto, violação ao CDC e à regra do respeito à senectude. Do *quantum* indenizatório. A quantificação deve atender à capacidade econômica do causador do dano, às condições sociais do (s) ofendido (s), à gravidade da falta cometida, bem assim, atentar à extensão e aos efeitos do prejuízo causado. Valor fixado pelo julgador "a quo" adequado ao caso concreto. Em face das circunstâncias especiais do fato em exame, entendo não apenas como cabível, mas como impositiva a condenação fixada. O apelado, em razão da propecta idade, encontra-se em situação de vulnerabilidade ante as armadilhas de uma sociedade implacavelmente egoísta, contra a qual se apresenta armada apenas com sua candura e uma ingenuidade comoventes. Se no plano moral essas qualidades a embelezam como figura humana, fragilizam-na para o enfrentamento da mesquinha realidade cotidiana. Termo inicial dos juros. Os juros moratórios incidem da citação, na esteira do artigo 405 do Código Civil e jurisprudência consolidada do STJ Prequestionamento. O prequestionamento de normas constitucionais e infraconstitucionais fica atendido nas razões de decidir deste julgado, o que dispensa manifestação pontual acerca de cada artigo ventilado. Tampouco se negou vigência aos dispositivos normativos que resolvem a lide. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível nº70065484669, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, j.28-07-2015). TJPR. 2ª Turma Recursal – 0000666-76.2014.8.16.0167/0 – Terra Rica – Rel.: Elisa Matiotti Polli. RECURSO INOMINADO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NÃO AUTORIZADO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSS. PESSOA APOSENTADA, IDOSO. VULNERABILIDADE. COBRANÇA INDEVIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TRANSTORNOS QUE EXCEDEM O MERO DISSABOR DO DIA-A-DIA. SITUAÇÃO QUE ENSEJA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO PARA ATENDER ÀS FINALIDADES PUNITIVA, COMPENSATÓRIA E PEDAGÓGICA. RECURSO PROVIDO. I. Relatório dispensado. II. Passo ao voto. Satisfeitos os pressupostos processuais de admissibilidade do recurso, deve ser conhecido. Quanto ao mérito, a sentença merece parcial reforma pelos fundamentos que se passa a explanar. Restou comprovado nos autos a fraude praticada por terceiros estelionatários ao firmarem empréstimo consignado em nome do autor. Assim, o juiz a quo determinou que o banco réu restituísse ao reclamante, em dobro, dos valores descontados de seu benefício previdenciário, além de arbitrar que fosse pago ao consumidor a quantia de R\$ 4.000,00 a título de danos morais. Com isso, insurge-se a parte reclamante contra o valor arbitrado, pleiteando por sua majoração. Poder Judiciário do Estado do Paraná, 2ª Turma Recursal, esta Turma Recursal resolve, por unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos do voto do relator. (TJ-PR – 2ª Turma Recursal – 0000666-76.2014.8.16.0167/0 – Terra Rica – Rel.: Elisa Matiotti Polli – j.18-08-2015).

existência de normas de caráter aberto e da grande incidência de conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse contexto é que o sistema de proteção ao consumidor não está pronto e acabado, renova-se constantemente, sobretudo através das decisões judiciais. Os casos que se apresentam nos tribunais, diuturnamente invocam princípios e normas de foro constitucional impondo ao intérprete a necessidade de não se afastar dessa norma, bem como o constante preenchimento das normas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados, como se mostra adiante.

O direito à vida, ao bem-estar, à saúde, à dignidade e à igualdade para com as pessoas idosas foram traduzidos na Constituição de 1988 e serviram de fundamento para declarar a nulidade de cláusula abusiva de contrato de seguro saúde com acréscimo de 93% após 6 (seis) anos de contratação, quando o consumidor atingia a idade de 60 (sessenta) anos. O relator entendeu ser necessário compatibilizar o artigo 15 da Lei nº9.656/98,²⁹⁶ com a norma constitucional e os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação. Interessante notar que o julgador precisou preencher o conteúdo de diversos princípios (boa-fé objetiva, isonomia e dignidade), além de conceitos jurídicos indeterminados (vulnerabilidade, equidade e bem-estar). Esse entendimento prevaleceu mesmo diante de regra expressa que veda o reajuste para consumidores com mais de 60 (sessenta) anos em contratos com mais de 10 (dez) anos, permitindo, pois, o reajuste não abusivo nos contratos com menos de 10 (dez) anos de duração.²⁹⁷

A Constituição Federal precisa se apresentar para o intérprete enquanto fonte de unidade do sistema, mesmo nas hipóteses em que, no caso concreto, aparentemente haja discrepância entre os princípios por ela adotados.²⁹⁸ Nesse contexto, em ação civil pública

²⁹⁶ Artigo 15, da Lei nº9.656/98: “A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do artigo 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no artigo 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº2.177-44, de 2001) Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do artigo 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”. (Redação dada pela Medida Provisória nº2.177-44, de 2001). (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 23 dez.2015).

²⁹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1280211/SP RECURSO ESPECIAL 2011/0220768-0 Rel.Min. MARCO BUZZI (1149) Órgão S2 – SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento 23/04/2014. Data da publicação /Fonte DJe 04/09/2014. Ementa RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

²⁹⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº0483. Período 12 a 23 set.2011. Primeira Turma. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA MÓVEL. NEGATIVA. ACESSO. INADIMPLÊNCIA. Entre outras questões julgadas neste processo, foi decidido que o MP possui legitimidade ativa para propor ação civil pública a fim de tutelar direitos individuais homogêneos, porque caracterizado o relevante interesse social, inclusive quando

ajuizada pelo Ministério Público buscou-se o reconhecimento da prática abusiva das empresas de telefonia em condicionar a habilitação de celular pós-pago à inexistência de restrição ao crédito ou à comprovação de crédito. O Tribunal entendeu que a prática de fato era abusiva, salvo na hipótese de restrição ao crédito decorrente de dívidas com a própria operadora de telefonia, fato que exigiu além de uma ponderação de valores igualmente eleitos pela Constituição Federal brasileira de 1988 a análise e harmonização dos seus princípios (livre iniciativa e isonomia).

Em se tratando do sistema de proteção ao consumidor, a harmonização dos princípios constitucionais com as normas de direito internacional se faz ainda mais importante, pelo fato de atingir uma quantidade significativa de pessoas, qualificadas pela vulnerabilidade. No Recurso Especial (Resp) 1289629, o Relator Ministro Marco Aurelio Bellizze entendeu que a indenização tarifada na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro da Aeronáutica não pode ser aplicada já que incompatível com o direito à reparação integral dos danos materiais sofridos, previsto na Constituição Federal brasileira de 1988 como direito fundamental (artigo 5º, V e X).²⁹⁹

decorrentes da prestação de serviços públicos – habilitação de linha telefônica móvel. Por outro lado, a Lei nº9.472/1997, ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações – (Anatel), órgão regulador das telecomunicações, conferiu-lhe, entre outras, a competência para expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações. Contudo, esse poder regulamentador encontra limites nos preceitos normativos superiores, cabendo ao Poder Judiciário negar a sua aplicação toda vez que contrariar tais preceitos. Portanto, não se pode confundir a competência para expedir normas – que o acórdão *a quo* não infirmou – com a legitimidade da própria norma editada no exercício daquela competência, essa sim negada pelo acórdão. *In casu*, o MP ajuizou ação civil pública, por considerar abusiva a prática de condicionar a habilitação de celular pós-pago (cuja tarifa é menor que a do pré-pago) à inexistência de restrição do crédito dos consumidores ou à apresentação de comprovante de crédito (cartão de banco ou cartão de crédito). O juiz monocrático indeferiu o pedido do *Parquet*, porém o tribunal de origem reformou a sentença, impedindo as empresas de telecomunicações de condicionar a habilitação de linha celular no plano de serviço básico à apresentação de comprovantes de crédito ou à inexistência de restrição creditícia em nome do interessado, salvo a relacionada a dívidas com a própria concessionária. Decidindo dessa forma, o acórdão de origem não contrariou os princípios da livre iniciativa, da intervenção estatal mínima ou do regime privado da prestação do serviço. Como ressaltado pelo Min. Relator, tais princípios, de origem constitucional, não têm caráter absoluto. Pelo contrário, como todo princípio, a relatividade é da sua natureza, uma vez que sua aplicação não dispensa, nem pode dispensar, um sistema metódico de harmonização com outros princípios da mesma hierarquia, igualmente previstos naquela lei, como o do respeito ao usuário e da função social do serviço de telefonia. Deverão ser também harmonizados com os direitos dos usuários, notadamente o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (artigo 3º, III, da Lei nº9.472/1997), bem como com o das obrigações das prestadoras, nomeadamente as de universalização do serviço, assim consideradas as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (artigo 79, §1º, da Lei nº9.472/1997). Ressalte-se, por fim, que a controvérsia assumiu um perfil eminentemente constitucional, não só porque exige juízo de ponderação e de harmonização entre os princípios e valores decorrentes da Constituição, mas, sobretudo, porque seu desenlace envolve necessariamente juízo sobre a adequada aplicação do princípio constitucional da isonomia. Precedente citado: (REsp 417.804-PR, DJ 16/5/2005. REsp 984.005-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.13-9-2011).

²⁹⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1289629/SP RECURSO ESPECIAL 2011/0256645-7 Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 20/10/2015. Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2015. Ementa. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PROMOVIDA POR SEGURADORA, EM REGRESSO, PELOS DANOS MATERIAIS SUPORTADOS PELA EMPRESA SEGURADA, DECORRENTES DO DEFEITO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (EXTRAVIO DE MERCADORIA DEVIDA E PREVIAMENTE DECLARADA, COM INEQUÍVOCA CIÊNCIA DO TRANSPORTADOR ACERCA DE SEU CONTEÚDO). RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR PELO EXTRAVIO DAS MERCADORIAS. INDENIZAÇÃO TARIFADA PREVISTA NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO BRASILEIRO DE

A partir da interpretação do texto e dos princípios constitucionais é possível, inclusive desconsiderar os casos anteriores já decididos e se manifestar com uma nova maneira de pensar o Direito.³⁰⁰ Por esta razão, há enormes críticas à súmula vinculante e sua possibilidade de engessar a evolução do pensamento jurídico.

3.3.1. O papel unificador do sistema conferido à Constituição Federal de 1988 e o caráter dinâmico dos conceitos jurídicos

Afirmar que os olhares precisam se voltar para a Constituição Federal brasileira de 1988 significa pensá-la como um conjunto de regras postas, princípios explícitos e implícitos e como integrante de um sistema jurídico. O mais importante é debruçar-se sobre o seu texto, sobre as suas ideias. O papel desempenhado pelos Tribunais é importantíssimo para se alcançar esse objetivo, entretanto, é fundamental estar atento para não se restringir apenas às hipóteses anteriormente pensadas e aos casos já decididos, pois o grande poder da Constituição Federal de 1988 é justamente conferir a possibilidade de romper com o que já vinha sendo imaginado e deliberado pelos juízes.³⁰¹

Na tarefa de voltar a atenção para o texto escrito, com a finalidade de alcançar a melhor interpretação do texto constitucional, poder-se-ia perscrutar acerca do intuito do legislador. Mas a determinação desse propósito do constituinte também não é uma tarefa fácil, inexistindo um mecanismo seguro e decisivo para alcançar esse intento, até porque pode ter sido sua intenção elaborar um texto que permitisse a contínua atualização e emolduramento pelos fatos em constante evolução, já que a Constituição Federal de 1988

AERONÁUTICA. INAPLICABILIDADE. RELAÇÃO CONSUMERISTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO, SENDO, POIS, IRRELEVANTE, PARA A INTEGRAL RESPONSABILIZAÇÃO DO TRANSPORTADOR. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. PROPOSIÇÃO. ANTINOMIA DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. INSUFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDENIZABILIDADE IRRESTRITA. OBSERVÂNCIA. INSUBSISTÊNCIA DAS RAZÕES QUE JUSTIFIQUEM TRATAMENTO PROTETIVO AO TRANSPORTE AÉREO, EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

³⁰⁰ Edward H. Levi ressalta a oxigenação do Direito promovida pela Constituição através do poder de na sua interpretação se desconsiderar os casos anteriormente decididos: “Além do poder de impugnar atos legislativos, uma constituição escrita confere um outro poder, cuja importância talvez seja idêntica. Trata-se do poder de desconsiderar os casos anteriores”. (LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos. Revisão de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.94). Entretanto, é importante estar atento à necessidade de criação do Direito em consonância com os princípios, os postulados e as regras do sistema jurídico, atendendo ao ideal de segurança, de modo a formar um modo único de decidir em casos semelhantes, respeitando as nuances de cada uma das hipóteses. Como enfatiza Christoph Türcke: “A produção de semelhança é produção de segurança e familiaridade, busca de proteção contra o que é completamente estranho, e tudo que presentifica, encarna, relembra um objeto é, antes de tudo, vivenciado como semelhante”. (TÜRCKE, Christoph. **Sociedade excitada: filosofia da sensação**. Tradução Antonio A. S. Zuin, et al. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010. p. 144).

³⁰¹ Nas palavras de Levi: “Assim, a interpretação constitucional não pode ser tão coerente quanto à aplicação das leis ou a evolução do direito jurisprudencial. Ela sofre desvios em seu rumo; ocasionalmente ocorrem mudanças bruscas”. (LEVI, op.cit., p.96).

traz um conjunto de ideias e ideais até mesmo conflitantes de uma mesma comunidade.³⁰² Nesse contexto surge a importância de se reconhecer os conceitos jurídicos enquanto dinâmicos.³⁰³

Reconhecer que as expressões utilizadas nas normas não apresentam definições fechadas, apesar do uso tradicional de uma palavra determinar, em regra, um resultado já aguardado e esperado pela comunidade significa compreender os conceitos jurídicos como dinâmicos.³⁰⁴ Poder-se-ia até concluir que essas mudanças causam insegurança jurídica, mas essa nova forma de pensar o Direito é essencial para a sua sobrevivência e constante adequação às situações fáticas que se apresentam.

O fato é que a codificação moderna exige do legislador a utilização de um vasto repertório de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a tornar possível o constante aperfeiçoamento da ciência e sua adequação aos fatos da vida que diuturnamente se transmudam.³⁰⁵

O emprego dos conceitos jurídicos indeterminados permite ao julgador dar uma significação própria a depender do caso concreto, pois são constituídos por expressões ou palavras de conteúdo impreciso. Da mesma forma ocorre com as cláusulas gerais, nas quais ao intérprete é possibilitado preencher o seu conteúdo, com a distinção de que nessas não há uma consequência prevista na regra, razão pela qual Fredie Didier afirma que “são inteiramente vagas” e trazem valores a serem perseguidos.³⁰⁶

³⁰² LEVI, op.cit., p.95.

³⁰³ Atualmente, defende-se que os sistemas jurídicos são abertos, o que possibilita uma constante atualização e sintonia com a realidade. Nesse sentido Elcio Arruda: “O sistema ‘aberto’, igualmente móvel, é repleto de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, estremados e concretizados a partir da função de cumprir e dos princípios gerais do direito, em contínua interação cíclica. São exemplos de sistemas ‘abertos’ a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 (Lei nº10.406/2002), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/2003), dentre outros”. (ARRUDA, op.cit., p.29-30). Na mesma linha Romualdo Baptista dos Santos expõe: “Em lugar das certezas prometidas pelo pensamento moderno, a Pós-Modernidade anuncia-se exatamente pela perplexidade, pela dúvida e pela turbulência em todos os setores da vida, no pensamento e na ação. No que se refere à teoria do conhecimento, a Pós-Modernidade se caracteriza pela complexidade e pela interdisciplinariedade, em contraposição ao positivismo da Modernidade”. (SANTOS, op.cit., p.48).

³⁰⁴ Nessa mesma linha defende Edward H. Levi que: “É verdade que a similaridade é definida por uma identidade de palavras, e a impossibilidade de se encontrar uma palavra já pronta e disponível que expresse similaridade ou diferença pode impedir mudanças na lei. As palavras encontradas no passado são de uso corrente, adquiriram uma dignidade própria e, em uma medida considerável, controlam os resultados”. (LEVI, op.cit., p.13).

³⁰⁵ Tullio Ascarelli enfatiza que essa necessidade surge exatamente pela impossibilidade do legislador disciplinar toda a matéria que se apresenta no cotidiano por meio de leis: “il problema non nasce solo dall’impossibilità pel legislatore di disciplinare tuta la matéria che si presenta nel momento in cui la legge è pubblicata, ma dall’inevitabile contrasto fra l’eterna evoluzione della vita colle sue esigenze, e um qualunque corpus juris storicamente costituito – consti esso di leggi, di usi, o di giurisprudenza –; dal contrasto fra il necessario e costante carattere schematico del diritto e la varietà dei casi”. (ASCARELLI, Tullio. **Saggi giuridici**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1949, p.59-60).

³⁰⁶ Segundo Fredie Didier: “Não é raro que, na elaboração de textos normativos, o legislador se valha de conceitos juridicamente indeterminados, com o claro propósito de transferir ao órgão jurisdicional a tarefa de concretização do sentido dessas expressões, caso a caso. ‘Boa-fé’, ‘grave lesão’, ‘risco de dano’, ‘justo motivo’, ‘calamidade pública’, ‘repercussão geral’ etc. são alguns exemplos. Há situações em que a indeterminação do texto normativo é ainda maior. Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito

A inserção na legislação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados traz à baila esse novo ideal de codificação pautado na operabilidade, segundo a qual ao juiz é dado o poder criativo de direitos e obrigações a partir das normas vigentes.³⁰⁷

E o caráter dinâmico dos conceitos jurídicos deve-se ainda ao fato de que são aplicados a uma realidade social em constante mudança. Essa contínua e necessária renovação muitas vezes é mal compreendida pela população trazendo dificuldades aos aplicadores e intérpretes das normas jurídicas, na medida em que se perde um pouco da segurança oferecida pelo Direito. O fato gera nos operadores uma busca desenfreada pela aplicação de princípios ou normas de conteúdo geral de forma direta como maneira de imprimir segurança e fazer crer que a solução nova já se encontrava presente na norma.³⁰⁸

A necessidade de uma codificação que possa se adequar à constante evolução dos tempos e permita uma construção jurídica pelo intérprete não pode ser repelida do sistema³⁰⁹; precisa ser identificada como uma nova forma de pensar o Direito enquanto ciência voltada para a proteção da pessoa.

O grande desafio do intérprete constitucional é promover a oxigenação do sistema tornando-o sempre compatível com os anseios da comunidade, sem, no entanto, descuidar da ideia da segurança jurídica, a qual precisa estar sempre em mente a despeito da mutação também sofrida no seu conceito.³¹⁰

jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Devido processo legal, função social do contrato, função social da propriedade, boa-fé etc. são exemplos de cláusulas gerais”. (Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>. Acesso em: 16 out.2015). Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel salienta a flexibilidade trazida ao sistema pelo uso das cláusulas gerais e ao fato de “permitirem ao juiz o preenchimento do seu conteúdo com os valores indicados para aquele caso concreto, na busca da melhor solução para o conflito de interesse”. (GURGEL, op.cit., p. 111). Ainda sobre a distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, Rodney Malveira da Silva afirma: “As cláusulas gerais se diferenciam dos conceitos legais indeterminados, porque estes trazem já a previsão de uma reprimenda que deverá ser aplicada pelo juiz após colmatar o termo vago que a compõe, ao contrário daquelas, que, apesar de também exigirem do juiz o mesmo esforço de colmatação, não trazem em sua letra qualquer sugestão de reprimenda [...]”. (SILVA, op.cit., p. 282).

³⁰⁷ DONNINI, op.cit., 2004, p.43-44.

³⁰⁸ Edward H. Levi expõe com clareza: “O processo pode trazer constrangimento aos juízes e advogados, pois contraria a premissa do sistema. Parece inevitável, portanto, que quando as questões de tipo se dissipam em questões de grau e, em seguida, significados inteiramente novos surgem, haverá a tentativa de escapar para alguma norma jurídica geral que possa dar a impressão de ter sempre funcionado e que irá fazer o raciocínio parecer dedutivo. Tal norma será inútil”. (LEVI, op.cit., p.15).³⁰⁸

³⁰⁹ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, em sua tese de doutoramento sobre a boa-fé explicou: “O alargar do espaço decisório não deve ser interpretado como repúdio da construção jurídica, útil em vários vectores, nem como ignorância da necessidade da lógica formal. Oferece-se-lhes, no entanto, para além de uma delimitação nova, um desempenho diferente”. (CORDEIRO, op.cit., p.40). Sobre a temática da interpretação e o transcurso do tempo, Clovis Bevilacqua já ensinava: “Do que acaba de ser dito, vê-se que a sciencia do direito sente hoje imperiosa necessidade de largueza e flexibilidade, deante da marcha acelerada e da expansão da cultura, e, como a lei é morosa em suas transformações, vae pedir á interpretação ou, melhor, á jurisprudência e á doutrina, um instrumento de adaptação constante do direito á vida real”. (BEVILAQUA, op.cit., p. 56).

³¹⁰ De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Para entender o tema da segurança jurídica na atualidade é preciso observar que, sobretudo nos últimos 40 anos, o advento da sociedade tecnológica aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. A civilização tecnológica não apenas cria mais possibilidades de ação, como se alimenta de si própria, aumentando e acelerando a possibilidade da própria criação tecnológica. Esse movimento reflexo da tecnologia

Essa segurança jurídica é alcançada buscando-se focar a interpretação nos valores e princípios constitucionais, pois, a despeito destes serem responsáveis por grandes mudanças no conteúdo das regras e na maneira do magistrado decidir o caso concreto, a segurança está no voltar-se para o texto, no estudo dos princípios e valores eleitos pelo legislador. Isto porque são nos princípios que se encontram os valores eleitos pelo legislador e necessários para a concretização de um estado de coisas.³¹¹

Assim, entende-se como indispensável uma regra jurídica protetiva do consumidor idoso analfabeto na concretização dos contratos de crédito bancário, pois resta evidenciado que os princípios jurídicos da boa-fé e da lealdade são reiteradamente descumpridos durante essas tratativas bancárias.

3.3.2. O texto constitucional como alavanca e propulsor de mudanças de entendimento dos Tribunais em relação ao consumidor idoso analfabeto

Os conceitos jurídicos indeterminados, a existência de princípios e cláusulas gerais no texto constitucional permitem a constante atualização das suas regras e maior eficácia das normas, de modo a promover uma melhor adequação à realidade social vigente em cada época. Portanto, a Constituição Federal deve ser encarada como uma fonte propulsora de mudanças e constante atualização do Direito. Quando o intérprete traz um dispositivo constitucional à baila, lhe é facultado um poder de alteração maior, mas sempre centrado na baliza constitucional.³¹² Funciona, pois, o texto constitucional não como uma barreira, mas como uma alavanca de mudanças.

A mudança de entendimento dos Tribunais, a respeito de uma regra constitucional e sobre o conteúdo normativo de um princípio, é possível e até necessária, pois possibilita a evolução das relações sociais e, sobretudo, a oxigenação do texto constitucional, de modo a permitir que este não se distancie da comunidade para o qual foi

– a manipulação tecnológica da própria tecnologia – altera o sentido dos controles sociais e políticos, repercutindo nos controles jurídicos”. (FERRAZ Jr., op.cit., 2014, p.123).

³¹¹ ÁVILA, op.cit., p.104. Sobre a perfeita interação entre os princípios e valores, elucida Ricardo Regis Laraia: “Princípios e valores não se confundem, contudo, são absolutamente indissociáveis. Aqueles não existem sem estes, sendo um o veículo do outro. Os valores jurídicos são atribuídos pelas sociedades aos bens imateriais e materiais que julgam importantes ao seu desenvolvimento, como os referidos valores concernentes à vida e à dignidade humana. Porém, nada representa a simples afirmação de que a vida e a dignidade do homem têm valor fundamental, é preciso que atitudes sejam tomadas em prol de que esse valor torne-se fato. Os princípios impulsionam a isto, constituindo vetores comportamentais, ou seja, modelos de ações a serem tomadas a que a vida e a dignidade do ser humano sejam efetivamente respeitadas. Enfim, que se faça justiça”. (LARAIA, Ricardo Regis. Princípios: meio e fim. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139).

³¹² LEVI, op.cit., p.9.

criado, tornando-se um instrumento arcaico e pré-histórico desvinculado do atual estágio de desenvolvimento social.

E essa mudança de entendimento precisa focar na proteção do povo, em sua dignidade, jamais dela se distanciar. Essa é a verdadeira proteção a que se deve voltar o texto constitucional.

Pois bem, o texto constitucional traz como obrigação da família, da sociedade e do Estado defender a dignidade e o bem-estar das pessoas idosas. Desta regra é possível concluir que ao Estado é devido promover a inclusão do idoso na participação da comunidade, uma participação ativa,³¹³ inclusive na realização de negócios jurídicos. Entretanto, não é possível descurar do fato de que, quando analfabeto, há que se mitigar essa autonomia em nome de sua proteção à dignidade e ao bem-estar, valores constitucionalmente albergados especificamente no artigo 230, da Constituição Federal brasileira de 1988, voltado à proteção da pessoa idosa.³¹⁴

Não se quer com isso, proibir a realização dos empréstimos, consignados ou não, por idosos analfabetos, nem tolher o seu poder de decisão, apenas que lhes sejam asseguradas maneiras pela quais possam exercitar a sua autonomia e serem esclarecidos sobre as cláusulas que pactuam e as circunstâncias que lhes cercam. A decisão final continuaria com o idoso analfabeto, mas é fundamental que lhe seja garantida uma tomada de decisão apoiada, a fim de que possa valorar as questões fáticas que circundam o mútuo bancário.

A Constituição Federal de 1988 ao elencar o princípio da isonomia confere apoio à noção de vulnerabilidade e, ao mesmo tempo, abarca e tutela a necessidade de tratamento distinto aos que ocupam uma posição jurídica mais fragilizada na relação consumerista. Dessa forma, não há impedimento constitucional à assistência ao consumidor idoso analfabeto, na fase das tratativas à realização do contrato de mútuo bancário. Ao contrário, essa é uma exigência que decorre do sistema protetivo enunciado pelo princípio da isonomia. Ressalte-se que a autonomia do indivíduo em realizar um negócio jurídico, seja ele idoso ou não, pode ceder ou ser mitigada tendo em consideração outros valores enunciados pela carta constitucional.

³¹³ Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: Promover a inserção do idoso imprimindo a cultura positiva da velhice, “visando-lhe dar-lhe um estatuto autónomo e activo (*successful aging*)”. (CANOTILHO; VITAL, op.cit., p.885).

³¹⁴ Artigo 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. §1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. §2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

3.4. Princípios e regras: um problema para a interpretação de textos jurídicos?

Hodiernamente, as regras e bens jurídicos protegidos pela legislação civilista não podem ser estudados de forma estanque e isolada dos princípios e valores constitucionais, pois esses determinam o conteúdo e a abrangência de institutos de natureza essencialmente patrimoniais. Percebe-se, outrossim, que na medida em que ocorre a evolução e o aperfeiçoamento da ciência jurídica essa aproximação entre as normas de Direito Privado e os princípios do Direito Público é ainda mais ressaltada e evidente, inviabilizando a segmentação dos institutos em categorias estanques e sem permeabilidade.

A despeito da realidade acima delineada, a atividade do intérprete do Direito ganha maior realce nos tempos atuais, uma vez que além de definir a norma aplicável ao fato que lhe é apresentado, torna imperioso, na maior parte das vezes, ajustá-la ao ordenamento, o qual só pode ser compreendido como um todo unitário.

Por conseguinte, o raciocínio jurídico deve contemplar não apenas as regras conhecidas, mas todo um conjunto de normas, o que inclui postulados e princípios, de modo a propiciar essa interação entre os bens e interesses públicos e privados. Logo, as regras que protegem o patrimônio devem dialogar com o princípio da dignidade da pessoa humana; além disso, a autonomia em realizar um contrato não pode descurar do conjunto de princípios protetivos da pessoa humana eleitos pelo Código de Defesa do Consumidor.

É certo que observar o desígnio legislativo é importante na aplicação da lei.³¹⁵ Caberá, pois, ao Poder Judiciário descobrir esse propósito e, muitas vezes, oxigená-la, abrindo espaço aos novos conceitos para os quais a sociedade vai aos poucos se atentando diante das necessidades da vida.

Essa ideia, de se valer do Poder Judiciário para, através da interpretação das regras e dos princípios, promover mudanças no seu conteúdo e, por conseguinte, determinar uma nova forma de decidir, pode ser responsável por uma inércia ainda maior do Poder Legislativo em modificar a lei. Isto porque, este, muitas vezes, para se aliviar das pressões dos diversos setores da sociedade, pode simplesmente manter-se inerte, faculdade não permitida ao Poder Judiciário quando o conflito bate às suas portas.

³¹⁵ LEVI, op.cit., p.47. Ocorre que também não se pode concluir pela clareza da intenção legislativa como bem salienta Edward H. Levi: “A dificuldade é que a intenção da legislatura é ambígua”. [...] E essa característica não constitui uma falha legislativa, pois como demonstra Levi: “Para uma legislatura, talvez as pressões sejam tantas que um projeto de lei sobre um determinado assunto necessite ser aprovado sem que os legisladores precisem chegar a um acordo sobre o efeito preciso do projeto”. (Ibid., p.50).

Atente-se para o fato de que às vezes, uma regra é criada com uma finalidade, mas a sociedade caminha, evolui, como é de sua essência, e a mesma regra passa a abarcar outros casos, para os quais não foi pensada, de modo que os conceitos não fecham o conteúdo da regra. Dessa forma, uma regra pode servir de baliza para a exigência de outros comportamentos não previstos expressamente na regra, devendo para tanto o intérprete atentar para sua finalidade.³¹⁶

É perfeitamente possível que através de uma regra, e sobretudo por meio do estudo de um princípio, o intérprete construa, pela interpretação, uma outra regra, igualmente exigida apesar de não estar expressamente prevista pelo legislador.³¹⁷ Uma regra, portanto, não encerra uma única hipótese normativa; por meio dela, se pode construir uma infinidade de comportamentos possíveis e igualmente desejados.³¹⁸

Dessa forma, se o ordenamento prevê uma finalidade a ser alcançada através da instituição de um princípio, e para o alcance desta finalidade há que se adotar determinado comportamento, esse se torna, portanto, obrigatório. É impossível a regra prever todos os meios para que se possa alcançar determinado fim, decorrendo daí a possibilidade de se extrair comportamentos possíveis de princípios e regras.³¹⁹

Logo, ao trazer o princípio da boa-fé objetiva para as relações consumeristas, o legislador busca exaltar uma série de comportamentos que promovam a finalidade almejada, diante da impossibilidade de se prever todas as situações possíveis.

Assim, se um comportamento é decorrência lógica do princípio ou de uma regra, o mesmo deve ser assimilado pelo intérprete e, por conseguinte, também exigido, caso não esteja em confronto com outra regra ou princípio do sistema.

Pois bem, pode-se afirmar que foi realizada a finalidade almejada pelo princípio da boa-fé objetiva ao se realizar um empréstimo, consignado ou não, por consumidor idoso analfabeto, sem que o representante do banco informe a este adquirente

³¹⁶ ÁVILA, op.cit., p.93.

³¹⁷ Esse mesmo entendimento é defendido por Humberto Ávila, para o qual: “[...] um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a construção de regras e de princípios, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas [...]”. (Ibid., p.94).

³¹⁸ Tullio Ascarelli, em 1949, já percebia que a interpretação não era mais somente declarativa: “Dal punto di vista storico, tuttavia è facile notare come, in realtà, l’interprete eserciti una funzione creativa; cooperi all’evoluzione del diritto. Qualunque interpretazione non è mai, a rigore, esclusivamente dichiarativa, ma riposa su una ricostruzione della norma interpretata che ne costituisce uno sviluppo, e un adattamento;” (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.61).

³¹⁹ ÁVILA, op.cit., p.103.

todas as condições do contrato e, sobretudo, sem que aquele tenha compreendido as informações repassadas?³²⁰

Na verdade, o comportamento de informar o idoso analfabeto e deste ter compreendido a informação é um conteúdo que preenche a finalidade do princípio da boa-fé objetiva. Para efetivar um princípio é preciso que o intérprete lhe confira concretude, especificando situações concretas em que já foi aplicado pela jurisprudência e casos nos quais poderia ter sido aplicado. Igualmente relevante é o intérprete não cair na tentação de só exaltar o valor, utilizando-o para tudo e com isto decidir de forma subjetiva. Para se conferir a segurança tão almejada pelo Direito e por toda a sociedade, o intérprete precisa fugir do subjetivismo delimitando objetivamente o conteúdo da regra ou do princípio, através de comportamentos necessários à efetivação desse valor.

Curial, portanto, que se delimite o conteúdo de alguns princípios como os da boa-fé objetiva e do princípio da informação do consumidor idoso e analfabeto. Há que se buscar nas decisões judiciais os limites para considerar o consumidor idoso e analfabeto esclarecido ou não acerca do inteiro teor do contrato, o que significa preço a ser pago, incluindo aí os juros e demais acréscimos constantes na avença.

Em voto sobre a temática, o desembargador piauiense Ricardo Gentil Eulálio Dantas, nos autos da Apelação Cível nº2012.0001.006418-1, deixou esclarecido que na hipótese do aderente ser consumidor idoso e analfabeto deve-se exigir escritura pública ou procurador constituído especificamente para o fim da realização do empréstimo. Para o desembargador essas exigências fundamentais visam compensar a hipossuficiência relacionada à impossibilidade de tomar conhecimento sozinho acerca das cláusulas as quais está aderindo. Enfatiza que, mesmo sendo voluntária a contratação, inclusive reconhecida pelo consumidor idoso e analfabeto, a instituição financeira apelante não cuidou em esclarecê-lo sobre a incidência de juros e demais encargos.³²¹

³²⁰ Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Lícito e legítimo, portanto, será apenas o contrato que respeitar não apenas as regras técnicas de validade, mas, sobretudo, as normas principiológicas que conduzem à necessária observância de um conteúdo ético e social indisponível”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.61).

³²¹ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Apelação Cível nº2012.0001.006418-1. Órgão 3ª Câmara Especializada Cível. Relator desembargador Ricardo Gentil Eulálio Dantas. Julgamento 09/12/2015. Ementa. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO Consignado. CONSUMIDOR ANALFABETO E IDOSO. HIPERVULNERABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE DECLARADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS. REPRESSÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CONSUMIDOR. RECURSO IMPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Apelação Cível nº2012.0001.006418-1. Órgão 3ª Câmara Especializada Cível. Rel. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas. J.09-12-2015. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/download/100000000839746100014521661746_1.pdf. Acesso em: 10 jan.2016).

O instrumento público (escritura) firmado em cartório ou procurador constituído especificamente para esse fim vem sendo reiteradamente exigido para os empréstimos pessoais realizados com pessoa idosa e analfabeta no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.³²² Apesar dessas exigências, não há efetivação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de empréstimos realizados por consumidor idoso e analfabeto, razão pela qual se mostra imprescindível a concretização desse princípio por meio de uma atuação do Ministério Público, seja por meio de recomendações ou termos de ajustamento de conduta.

3.5. A descoberta de semelhanças e diferenças nos contratos de crédito bancário para idoso analfabeto como um método de raciocínio jurídico

Raciocinar juridicamente abarca tanto a tentativa de compreensão do conteúdo de uma norma, como também a aplicação deste conteúdo no caso posto a sua apreciação. Então, o raciocínio jurídico apresenta ainda mais essa dificuldade, pois não se trata de um problema exclusivo de compreensão de uma regra ou de um princípio, mas como se dará a sua aplicação aos atos da vida.

Nesse momento de aplicação da norma aos casos concretos é que entra em cena o trabalho de observação pelo intérprete de como a norma foi ou vem sendo aplicada aos casos similares.

Há autores que defendem que a forma mais utilizada para se raciocinar juridicamente consiste na análise de casos similares.³²³ Mas esta afirmativa não quer dizer que esse seja o único modelo possível de raciocínio jurídico, até porque em muitas hipóteses não há casos similares a serem considerados.

Interessante notar ainda que a descoberta das semelhanças e diferenças que tocam cada caso de uma forma particular constitui papel do intérprete do direito. E aqui também há mais um elemento que se manifesta conferindo ao Direito um grau ainda maior

³²² Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Classe: Apelação Cível. J.25 nov.2015. Órgão 3ª Câmara Especializada Cível. Ementa APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. DANO MORAL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AUSÊNCIA DE CONTRATO. SÚMULA 297 DO STJ. APELO PROVIDO. (Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/download/10000000820611_100014465560212_2.pdf. Acesso em: 10 jan.2016).

³²³ Nesse mesmo sentido Edward H. Levi: “O modelo básico de raciocínio jurídico é o do raciocínio fundamentado em casos similares”. (LEVI, op.cit., p.2). Assim também Tullio Ascarelli afirma que, o julgamento de um caso concreto, o transforma em um caso típico, não devendo o intérprete considerá-lo como único, enfatizando a importância de uma decisão para os demais que se apresentam. Assim menciona em sua obra: “Nell’elaborare la soluzione del caso concreto l’interprete non può considerarlo come un caso unico. È suo dovere trattarlo come caso tipico, e considerarlo nelle sue caratteristiche tipiche; la soluzione deve perciò sempre e necessariamente coordinarsi ad um principio di carattere generale, identico per tutti i casi dela stessa specie”. (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.69).

de subjetividade: o aplicador. Isto porque, cada juiz tem a sua visão particular acerca do mundo e das coisas que o cercam, cada um pode priorizar um aspecto fático que considera mais relevante, o que pode determinar uma decisão com um conteúdo distinto das demais.³²⁴

Logo, voltar os olhos para os casos semelhantes, de forma alguma, exclui a necessidade de atentar para as particularidades de cada hipótese ocorrida no mundo dos fatos. Aliás, o Código Civil é repleto de “postulados normativos” que clamam ao intérprete para a observância das “circunstâncias do caso”.³²⁵ Judith Martins Costa denomina de concreção o método hermenêutico que constrói em cada caso concreto o significado da norma jurídica, de acordo com os elementos fáticos e normativos (princípios, regras e postulados) e salienta que a posição ocupada pelo contraente na relação contratual deve ser observada pelo intérprete.³²⁶

Essa subjetividade inerente ao direito não finda na figura do magistrado; vai além. Esse caráter subjetivo pode ser trazido pelas partes, através dos exemplos, pelo uso da analogia e pelos conceitos assimilados na coletividade.³²⁷ Ademais, os próprios termos linguísticos utilizados na confecção das regras e dos princípios podem suscitar determinada ambiguidade.³²⁸ É bom que assim seja, pois permitem a assimilação de novos conceitos e ideias.³²⁹

O sistema jurídico comporta, portanto, duas características aparentemente contraditórias, mas essenciais à sua completa evolução e adaptação diuturna às novas necessidades: elasticidade e rigidez.³³⁰

³²⁴ LEVI, op.cit., p.3-4.

³²⁵ Judith Martins Costa enumera diversos dispositivos do Código Civil brasileiro, dentre os quais cita-se os seguintes artigos: 138, 152, 233, 529, 690, 700, 701 e 724. (COSTA, Judith Martins. Op.cit., p. 475-506).

³²⁶ COSTA, Judith Martins. Op.cit., p. 484 e 485.

³²⁷ LEVI, op.cit., p.7.

³²⁸ “A ênfase deve ser colocada no processo. O estabelecimento de uma oposição entre a lógica e a práxis do direito é um desserviço para ambos. O raciocínio legal tem uma lógica própria. Sua estrutura se ajusta para dar significado à ambiguidade e para verificar, constantemente, se a sociedade veio a perceber novas diferenças ou similaridades. As teorias sociais e outras mudanças na sociedade se tornarão pertinentes quando a ambiguidade tiver de ser resolvida em um caso particular. Também não se pode dizer que o resultado de tal método é incerto demais para ser usado como força de lei. A força da lei é clara; a explicação para isto é que a área de dúvida é constantemente exposta e detalhada. A área provável de expansão ou retração é prenunciada à medida que o sistema funciona. Este é o único tipo de sistema capaz de funcionar quando as pessoas não chegam a um consenso. A lealdade da comunidade é direcionada à instituição na qual ela participa. As palavras mudam para receber o conteúdo que a comunidade lhes outorga. O esforço para se chegar antes que a instituição do raciocínio jurídico comece a funcionar simplesmente não tem sentido. Equivale a esquecer a essência da razão pela qual a instituição foi moldada. Isso deveria ser sempre lembrado, num mundo que se ressentia da ausência da lei”. (LEVI, op.cit., p.165-166).

³²⁹ “Não só surgem novas situações como também as necessidades das pessoas mudam. As categorias usadas no processo jurídico têm de permanecer ambíguas para permitir a infusão de novas ideias”. (LEVI, op.cit., p.5).

³³⁰ De acordo com Tullio Ascarelli: “Qualunque sistema giuridico richiede sempre un certo grado di elasticità e un certo grado di rigidità; la sua efficienza tecnica dipende da un saggio temperamento di queste due esigenze ovviamente diverse nei vari momenti storici, nei vari istituti, nei vari paesi, ma pur sempre ambedue presenti”. (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.69).

O processo de raciocínio jurídico precisa abarcar as contínuas mudanças na forma de pensar da população e de interpretar os conteúdos da norma. E, nesse contexto, cumpre relevante papel as decisões judiciais nos casos concretos, responsáveis por imprimir uma nova maneira de raciocinar às mesmas regras e princípios jurídicos.

Portanto, em si tratando de contrato de mútuo bancário realizado com consumidor idoso analfabeto pode-se constatar através das decisões reiteradas dos Tribunais que, a despeito da regra disposta no art. 4, III do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, há descumprimento do dever informacional.

Hodiernamente, vem se delineando uma tendência na jurisprudência brasileira no sentido de considerar nulo os contratos bancários com idosos analfabetos, caso não seja realizado por meio de instrumento público (escritura pública) ou procurador constituído para esse fim, atentando-se a uma interpretação sistemática dos artigos 104, III, 215, §2º e 595, todos do Código Civil brasileiro³³¹ c/c o artigo 37, §1º, da Lei 6015/73.³³² Entretanto, essas regras não são bastante para, de fato, garantir que o idoso seja informado sobre as cláusulas contratuais que pactua, cingindo-se a um aspecto formal do negócio jurídico. E forma aqui não se entenda como uma crítica, mas com o fato de não se atingir com ela a proteção dos valores que justificaram sua criação, sendo essa a sua feição mais moderna e usada nos microssistemas jurídicos.³³³

3.6. Considerações sobre a interpretação das normas consumeristas relevantes ao estudo do crédito bancário para consumidores idosos analfabetos

Julgur pressupõe uma articulação entre a interpretação da lei e dos fatos e para alcançá-la não é possível desconsiderar o bem comum.³³⁴ Para atingir este desiderato o juiz aplica diversas técnicas, mas sem jamais deixar de lado a sua convicção do correto.

³³¹ Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer:
III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Art. 215. “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo”.

Art. 595. “No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

³³² Art. 37, § 1º, da Lei 6015/73. “As partes, ou seus procuradores, bem como as testemunhas, assinarão os assentos, inserindo-se neles as declarações feitas de acordo com a lei ou ordenadas por sentença. As procurações serão arquivadas, declarando-se no termo a data, o livro, a folha e o ofício em que foram lavradas, quando constarem de instrumento público”. § 1º “Se os declarantes, ou as testemunhas não puderem, por qualquer circunstâncias assinar, far-se-á declaração no assento, assinando a rogo outra pessoa e tomando-se a impressão dactiloscópica da que não assinar, à margem do assento”.

³³³ DONEDA, op.cit., p. 205.

³³⁴ FERRAZ Jr., op.cit., 2009, p.289. Na mesma linha defende Vicente Ráo: “Assume, assim, o direito o caráter de força social propulsora, quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade”. (RÁO, op.cit., p. 18).

Assim sendo, o Direito e, por conseguinte, a sua interpretação é permeada pelo elemento humano, no momento da sua confecção, da sua razão de existir, e principalmente, para ser aplicado. Logo, nada mais natural que sofra direta interferência do lugar e seus costumes, do tempo³³⁵ e suas mudanças culturais, e, sobretudo, do modo de pensar e sentir a norma pelo aplicador.

A literalidade de uma regra nem sempre deve ser aplicada tal qual apregoa o seu dispositivo. Há que se confrontar a regra sempre com o caso concreto e, nesse embate, a incidência não é sempre direta e uniforme.³³⁶

Na busca dos fundamentos que fizeram nascer a regra e justificam sua existência é que o intérprete faz também uso da ética e da moral, seja por meio da análise de princípios impregnados desse conteúdo ou da investigação das razões que determinaram a criação das regras. Assim, o que seriam essas razões superiores? Como seriam compostas essas razões? Aqui necessário se valer de todo o sistema normativo para se chegar ao entendimento de que a razão que justifica o descumprimento da regra se apresenta com um valor no ordenamento superior à razão que impõe o seu cumprimento.³³⁷

As regras existentes no Código Civil brasileiro³³⁸ e na Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73)³³⁹ não resolvem a necessidade de informação efetiva ao idoso

³³⁵ “O direito nunca é um dado, mas uma contínua criação da qual o intérprete é contínuo colaborador e assim cada seu subsidiário, e por isso vive na história e com a história”. (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.09). Como enuncia Clovis Bevilacqua: “E’ um erro supôr que o pensamento é escravo da vontade. A expressão, que o traduz, nem sempre o expõe em toda a sua extensão e profundidade. Deve-se atender a que, em nosso pensar, existe uma parte sociológica ao lado da individual. O que pensamos não é sómente trabalho nosso, é alguma cousa de infinito, por ser o produto da ideação de seculos e millennios, oferecendo uma tal conexão de idéas que o próprio pensador não percebe”. (BEVILAQUA, op.cit., p. 53).

³³⁶ Bastante interessante a relação entre a interpretação da lei e a planta e sua semente, mencionada por Ascarelli: “A relação entre a lei e sua interpretação não é aquela que existe entre uma realidade e o seu espelho, mas aquela que existe entre uma semente e uma planta e, por conseguinte, a lei vive somente com a sua interpretação e aplicação que, por outro lado, não é de fato uma mera declaração, mas a criação do direito, todavia caracterizada por sua continuidade com o dado do qual retira movimento”. (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.09). Em o Mercador de Veneza, Pórcia afirma a validade do pacto entre Antônio e Shylock, mas ao interpretá-lo supera-o defendendo que é impossível cortar uma libra de carne de Antônio. Ascarelli comenta essa passagem: “A lei positiva é assegurada, mas também superada; o problema não recai sobre a legitimidade da lei, mas sobre seu exato alcance; ao imperativo ético que condena a lei se substitui um jogo mais sutil que assume, por sua vez, como premissa justamente a legitimidade da lei positiva e só se preocupa em determinar o alcance na trama de um mais complexo jogo de contrastantes interesses”. (ASCARELLI, op.cit., 1949, p.06). Nessa cadência Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: “Ressalte-se, ainda, o aspecto instrumental da legislação civil como um todo, na medida em que a norma e sua aplicação devem servir de mecanismo para a realização prática de valores inseridos na Constituição”. (GURGEL, op.cit., p. 47).

³³⁷ ÁVILA, op.cit., p.77.

³³⁸ Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer:

III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Art. 215. “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

§ 2º “Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo”.

Art. 595. “No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

³³⁹ Art. 37, § 1º, da Lei 6015/73. “As partes, ou seus procuradores, bem como as testemunhas, assinarão os assentos, inserindo-se neles as declarações feitas de acordo com a lei ou ordenadas por sentença. As procurações serão arquivadas, declarando-se no termo a data, o livro, a folha e o ofício em que foram lavradas, quando constarem de instrumento

analfabeto, constata-se que, na prática, funcionam como mera formalidade para a realização do mútuo bancário.

Conclui Humberto Ávila que é possível existir ponderação de regras, sobretudo nas hipóteses normativas abertas, bem como no conflito entre dois princípios deixar de aplicar um deles. Não é, pois, o juízo de ponderação característica exclusiva dos princípios.³⁴⁰

O que se nota é apenas uma distinção desse processo em ambas as hipóteses, pois, na aplicação da regra o olhar se volta para avaliar a correspondência da norma com os fatos, tendo em vista a sua finalidade; já nos princípios o intérprete se volta para a análise do “estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção”.³⁴¹

Como decidir e em quais razões jurídicas fundamentar na hipótese de inexistência de regras ou confronto entre regras e princípios? E, os casos difíceis, como resolvê-los? A pretensão de correção, como umas das características do direito, com a consequente consideração da moral propõe-se a resolver essas questões.³⁴²

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Jr. traz nas regras de calibração³⁴³ a solução para a necessidade da contínua renovação no modo de interpretar as normas, mas sem romper a ideia de sistema.

A integração das regras, princípios e postulados do sistema jurídico é fundamental para a correta interpretação dos contratos e, sobretudo para se alcançar a justiça nos casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário.

Entender o contrato de empréstimo pessoal não é simplesmente aplicar as regras utilizando o método de subsunção, até porque o sistema não antevê todas as hipóteses

público”. § 1º “Se os declarantes, ou as testemunhas não puderem, por qualquer circunstâncias assinar, far-se-á declaração no assento, assinando a rogo outra pessoa e tomando-se a impressão dactiloscópica da que não assinar, à margem do assento”.

³⁴⁰ ÁVILA, op.cit., p.78-81.

³⁴¹ Ibid., p.81.

³⁴² Entretanto, não se pode esquecer a advertência do próprio Alexy: “Tudo isso, no entanto, representa apenas um lado da discussão. O outro lado é, como já se mencionou, que a incorporação da moral pelo direito cria sérios problemas. Uma das principais razões para a estrutura autoritativa e institucionalizada do direito é a incerteza geral do raciocínio moral”. (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Op.cit., p.39).

³⁴³ Em suas palavras: “Pois bem, nossa hipótese é de que os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu padrão de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando”. (FERRAZ Jr., op.cit., 2009, p.67).

que possam ocorrer. Em outros momentos, há que se ajustar a interpretação de uma regra a um princípio jurídico também assimilado pelo ordenamento.

No contexto do contrato de empréstimo bancário cujo aderente é o indivíduo idoso e analfabeto, a necessidade de se ajustar as regras aos princípios de proteção à pessoa vulnerável torna-se ainda mais veemente.

4. OS CONTRATOS DE CRÉDITOS BANCÁRIOS (EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS) E A PESSOA IDOSA ANALFABETA

4.1. Os serviços bancários como integrantes do cotidiano do consumidor brasileiro idoso e analfabeto

As diversas formas de atuações desenvolvidas diuturnamente pelos bancos impulsionam a economia e permitem que o comércio, a indústria, as atividades rurícolas se expandam, incrementando o processo de circulação de riquezas.³⁴⁴ Inegável, pois, a importância dos serviços bancários para a maior parte das ações desenvolvidas no cotidiano dos diversos atores sociais. Pobres e ricos usam os serviços e produtos bancários.³⁴⁵ Esse fato ocorre pela simples razão de que os bancos desenvolvem inúmeras formas de agir relacionadas ao crédito, coletando receitas e concedendo valores que permitem a negociação monetária inerente a toda atividade empresarial, seja esta desempenhada pelos setores privados ou públicos.

A remuneração das diversas atividades desempenhadas pelas instituições financeiras são os juros.³⁴⁶ Esses podem ser compensatórios, moratórios, legais e convencionais. Os juros compensatórios, também chamados de remuneratórios, são devidos a partir do momento em que o credor se desfaz do capital e, por conseguinte, tem por fim retribuí-lo pelo numerário recebido. O contrato praticado pelas instituições financeiras sempre traz os juros remuneratórios. São, portanto, em regra, convencionais. De modo diferente, os juros moratórios incidem verificado o inadimplemento do devedor no cumprimento de sua obrigação. A base de incidência dos juros moratórios e compensatórios

³⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 10.ed. São Paulo: RT, 2013, p.17.

³⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Contratos. Atualizado por Caitlin Mulholland. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.483.

³⁴⁶ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal são precisos no conceito de juros: “Os juros importam em rendimento, no lucro do capital emprestado, compensando ao credor o custo do crédito mutuado, funcionando também como um prêmio pelo risco que assume ante eventual inadimplemento do devedor”. (FARIAS; ROSENVALD, op.cit., 2006, p.410).

é diversa, por essa razão é possível a cumulação entre eles. Os juros legais são os expressos nos artigos 406, 591, 677 e 706, do Código Civil.³⁴⁷

O certo é que a atividade bancária movimenta a economia e os seus serviços fazem parte do cotidiano das pessoas. Prova disto é que tanto as ações praticadas por pessoas físicas como as de pessoas jurídicas perpassam, todos os dias, por alguma operação de crédito, seja através do pagamento na agência bancária de algum serviço prestado, pelo depósito simples em uma conta corrente ou mesmo uma garantia fornecida por um banco para permitir que uma pessoa jurídica possa participar de uma licitação com o poder público.

Mesmo os menores municípios brasileiros, que contam com uma pequena população, possuem formas de realizar movimentações bancárias por meio das lotéricas ou das agências dos correios, na ausência de instituições bancárias na cidade. Isso sem contar a possibilidade de acesso aos bancos e suas respectivas contas por meio eletrônico através dos aplicativos para celular e computadores. Nota-se, portanto, o fácil alcance dos serviços bancários aos consumidores brasileiros, sem que ocorra a correspondente contrapartida acerca do seu conhecimento.

O contrato não fica restrito a uma utilização interna de cada Estado soberano. Atualmente, com a economia global, os contratos são instrumentos de formação de um direito transnacional³⁴⁸, sobretudo com o uso da rede mundial de computadores (*internet*).

4.1.1. Características das atividades bancárias que permitem exigir dos bancos um tratamento diferenciado em relação ao consumidor idoso e analfabeto

A principal atividade dos bancos é representada pelas operações bancárias³⁴⁹, as quais têm um espectro bastante amplo e abrangem o recebimento de valores para depósito, para investimento em aplicações financeiras, planos de aposentadorias e seguros, a concessão de empréstimos e até mesmo a abertura de crédito.³⁵⁰ É através das diversas

³⁴⁷ FARIAS; ROSENVALD, op.cit., 2006, p.410.

³⁴⁸ GALGANO, op.cit., p. 164.

³⁴⁹ “Os bancos realizam, pois, variadas operações de crédito e operações financeiras que se classificam em dois grupos: ativo e passivo, respectivamente de emprego e de recolhimento de capitais, além das operações acessórias, que se cumprem pela prestação de serviços a seus clientes, e, normalmente, o veículo utilizado são contratos, muitos dos quais não diferem dos típicos usuais da vida civil, como mandato, locação, compra e venda, fiança etc. Não há peculiaridade na sua etiologia pelo fato da participação na vida bancária”. (PEREIRA, op.cit., 2015, p.484). Afirma Francesco Galgano: “La banca svolge, nel sistema economico, attività di intermediazione nella circolazione del danaro: essa si interpone fra quanti, i risparmiatori, offrono danaro e quanti, all’opposto, domandano danaro”. (GALGANO, op.cit., p. 845).

³⁵⁰ Segundo Sebastião José Roque, a principal atividade realizada pelos bancos é a intermediação de dinheiro. Esse autor ensina que: “Os bancos captam dinheiro da poupança popular, para aplicá-lo na atividade produtiva; realiza assim a prestação de serviços de sua especialidade”. (ROQUE, Sebastião José. **Direito bancário**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 2013, p.24-26).

atividades bancárias que as instituições financeiras realizam os atos necessários para atingirem o seu fim econômico.³⁵¹

Pecuniaridade, complexidade, profissionalidade, empresarialidade e atividade desenvolvida em série são as principais características das operações bancárias eleitas por Rizzardo³⁵². Em seguida, breves comentários sobre essas características.

A essência de uma operação bancária é a sua pecuniaridade, uma vez que o seu objeto é o crédito,³⁵³ realizado em grande escala, sob a forma de recebimento de depósitos e concessão de valores. Em contraprestação pela realização dessas operações, as instituições bancárias são remuneradas por seus clientes.³⁵⁴

Por sua vez, a complexidade é consequência da evolução da atividade empresarial que, a todo momento, se aprofunda e abarca um número cada vez maior de novas relações entre empresas e os bancos, sobretudo com o incremento promovido pela *internet* e pelo encurtamento da distância entre os países diante do avanço do comércio eletrônico.

É em razão da característica da complexidade das atividades realizadas pelos bancos que decorre a profissionalidade. Não há como entender a atividade bancária sem a marca do profissionalismo³⁵⁵. Afinal, como poderia, de forma amadora, ser responsável pelas inúmeras transações econômicas do cotidiano de uma empresa, além de lidar com as economias realizadas por uma pessoa durante uma vida inteira de sacrifícios? Deste modo, a atividade bancária se desenvolve com o profissionalismo exigido pela heterogeneidade, multiplicidade e importância de suas relações. Daí se dizer também que a complexidade e a

³⁵¹ No mesmo sentido, Paulo Maximilian Schonblum enfatiza o conteúdo econômico das atividades bancárias: “As características das operações bancárias são: o seu conteúdo econômico e, como não poderia deixar de ser, o fato de reunir como partes do negócio um cliente e, de outro lado, o banco”. (SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos bancários**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.43-44).

³⁵² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.18. Essas características variam a depender do autor. Sebastião José Roque elege cinco características: empresa mercantil, atividade econômica, atividade organizada, profissionalismo e habitualidade. (ROQUE, op.cit., p.24-26).

³⁵³ Nelson Nery Júnior expõe didaticamente: “O produto com que o banco negocia é o crédito, isto é, bem material, conforme designado pelo artigo 3º, §1º do Código de Defesa do Consumidor”. (GRINOVER, op.cit., p.474). Como esclarece Celso Marcelo de Oliveira: “A operação bancária fundamental está relacionada com a intermediação do crédito”. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor**: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº2.591. São Paulo: Lex, 2006, p. 181).

³⁵⁴ Carlos Roberto Gonçalves salienta que como o contrato de mútuo atualmente tem por objeto, em sua maioria, o empréstimo de dinheiro, e esse não é realizado de forma gratuita, mas remunerada através da cobrança dos juros, o Código Civil de 2002 estabelece em seu artigo 591 “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.351).

³⁵⁵ Sebastião José Roque enfatiza essa característica dos bancos e chega a afirmar que sem visar o lucro lhe falta profissionalidade e não pode sequer ser registrado nos órgãos competentes. Em suas palavras: “O banco é profissional, como toda empresa: visa o lucro. [...] A lucratividade do banco é exigência legal; se seu estatuto disser que ele não tem fim lucrativo, não poderá ser registrado nos órgãos competentes, por não ter amparo legal, pois lhe falta a profissionalidade, característica essencial de toda empresa”. (ROQUE, op.cit., p.26).

empresarialidade³⁵⁶ marcam essa atividade. Não se admite que de forma amadora desenvolva-se uma variedade de atos do cotidiano de uma pessoa física, ou de uma empresa.

Pois bem, através dessas características é fácil notar que as instituições bancárias se preparam para desenvolver suas ações voltadas para a obtenção do lucro e, para tanto, contam com funcionários treinados para atingirem esse objetivo. Nada mais justo, portanto, que através do trabalho realizado obtenham vantagens de ordem econômica, mas também, que por desenvolverem suas atividades de forma profissional se preparem e promovam estratégias específicas para informar o consumidor sobre seus produtos e serviços, sobretudo se esse consumidor for idoso e analfabeto.

A necessidade de oferecer plena e irrestrita informação ao consumidor não é muito difícil ou complicado para as instituições bancárias, na medida em que elas dispõem de tecnologia, recursos humanos e financeiros para cumprir esse desiderato. Basta, portanto, o empenho desses recursos e o intuito de atuar com boa-fé, respeitando a vontade desse consumidor cuja vulnerabilidade é acentuada.³⁵⁷ Mas não se olvide ao fato de que essa vontade não deve ser entendida como o simples desejo desassistido, mas qualificado pela devida informação e compreensão do que se vai pactuar.³⁵⁸

E a forma jurídica eleita para concretizar essas atividades bancárias³⁵⁹ é o contrato. Por sua vez, esse contrato é padrão, *standard*, na medida em que visa atingir um número indeterminado de pessoas, sem que estas possam discutir suas cláusulas. Disso

³⁵⁶ Segundo Rizzardo, “As atividades inerentes à função bancária consideram-se atos de empresa, porquanto envolvem a intermediação, a habitualidade e o lucro, elementos tipificadores da atividade empresarial”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.19).

³⁵⁷ Observa César Carranza Álvarez que a informação fornecida ao consumidor deve ser clara, precisa, de fácil compreensão como forma de minorar a sua deficiência de informação: “La exigencia de transparencia en el mercado y la consecuente obligación de brindar al consumidor información relevante, veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible y en idioma español, representan las cargas legales que se imponen al proveedor con el fin de aminorar la brecha informativa respecto al consumidor”. (ÁLVAREZ, op cit., p.141).

³⁵⁸ Atente-se à advertência de J. J. Calmon de Passos: “A vontade é neles um elemento essencial e para a sua validade se exige (quando nada na maioria dos casos) que o agente tenha previsto, ainda quando só de modo empírico e aproximativo, os efeitos do negócio, e que o haja realizado com a intenção de alcançar, por meio daqueles efeitos, ou à custa deles, um determinado objetivo que se propôs, ou à satisfação de um seu interesse. A correspondência entre a vontade interna e a vontade manifestada é condição de validade do próprio negócio jurídico substancial. Se algumas vezes, e excepcionalmente, ocorre a produção de efeitos outros que não os queridos pela vontade intencional, isso se verifica por força do princípio da responsabilidade, quando o agente tenha feito crer a outrem ou deixado que outrem acredite ter ocorrido a declaração de vontade, de modo a que tenha podido fazer fé na eficácia do ato. O princípio da responsabilidade, entretanto, somente age substitutivamente, *sendo justo, pois, concluir-se que para os negócios jurídicos de direito material é normalmente admitida a indagação sobre a existência e sobre o modo de formação da vontade, para que lhe determine a eficácia*”. (grifos nossos). (PASSOS, op.cit., p.58-59). Raquel Luquin Bergareche adverte: “Un consentimiento verdaderamente libre y consciente del consumidor, formado en base a una adecuada información previamente suministrada va a permitirle realizar una adecuada comparativa de las ofertas disponibles para la adopción de la decisión de consumo a la vez que produce el efecto de disminuir las posibilidades de ejercicio del derecho de desistimiento, que en última instancia no interesa ni al consumidor ni al empresario”. (BERGARECHE, op.cit., p. 108-109).

³⁵⁹ Sebastião José Roque denomina de operações bancárias, e não atividades bancárias, os atos praticados pelos bancos. Para ele: “A operação bancária formaliza-se por meio de contratos; por isso os contratos bancários constituem as operações bancárias”. (ROQUE, op.cit., p.49).

decorre a última característica das atividades bancárias eleita por Rizzardo³⁶⁰: o desenvolvimento através dos contratos de massa.³⁶¹

Tendo em vista a perspectiva de o contrato de empréstimo bancário ser caracterizado como um contrato de massa é necessário desenvolver a noção de um padrão de conduta protetivo ao consumidor idoso e analfabeto que além de respeitar a sua autonomia, que será limitada, também esteja consentânea com a necessidade de informá-lo plenamente das condições e valores relacionados ao contrato.

Desponta, portanto, relevante a conceituação dos contratos e mais especificamente dos contratos bancários, uma vez que as operações bancárias, mesmo as mais comuns, para serem efetivadas não dispensam a forma contratual.

Assim, para se creditar ou debitar recursos financeiros de uma conta corrente é necessário antes realizar um contrato entre o banco e o titular dessa conta, mediante o qual esse autoriza o banco a proceder aos pagamentos dos débitos e lançamento dos créditos informados.

O conceito de contrato se modificou muito com o decorrer dos tempos, mas permanece a ideia de que se trata de um negócio jurídico cuja marca é a declaração de vontade, devendo essa atentar às normas jurídicas.³⁶²

Nesse contexto, a confiança que deve inspirar as relações jurídicas decorre do princípio da boa-fé objetiva e constitui uma marca dos contratos de crédito bancários. Desta forma, qualquer que seja a modalidade do contrato de crédito bancário estará presente a característica da confiança³⁶³, já que a instituição bancária entrega uma quantia a uma pessoa

³⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.18.

³⁶¹ Sebastião José Roque pontua: “Fator que caracteriza as operações bancárias é que elas são operações em massa, praticadas em série. Quantos cheques, por exemplo, são pagos pelos bancos diariamente? ”. (ROQUE, op.cit., p.49). Aqui é importante salientar que nem todas as operações bancárias são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, é preciso verificar a presença da relação consumerista e da vulnerabilidade. Nesse mesmo sentido, Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum. (SCHONBLUM, op.cit., p.44).

³⁶² “ Os contratos constituem, precipuamente, atos de comunicação pelo qual as pessoas intentam enquadrar a vida social dos negócios de acordo com os princípios da autonomia privada, da imputação responsável dos próprios comportamentos e da confiança, pressuposto da própria sociabilidade”. (COSTA, Judith Martins. Op.cit., 2008, p. 480). “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.49). “È il caso del contratto, che è atto giuridico risultante dall'accordo di due (contratto bilaterale) o più parti (contratto plurilaterale), diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321)”. (GALGANO, op.cit., p. 153). “Acabamos de ver que o contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória, deve atender a sua função social, observar o princípio da boa-fé, e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes. Há, ainda, mais. Nasce da vontade livre, segundo o princípio da autonomia da vontade”. (PEREIRA, op.cit., 2015, p.21). “O contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”. (TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v.3. 10.ed. São Paulo: Método, 2015, p.2).

³⁶³ Desde a origem, o crédito está associado à confiança, na medida em que ele tem origem do latim *credere* (confiança).

com a legítima expectativa que essa, passado o período convencionado, lhe devolva o equivalente recebido, com o acréscimo de uma remuneração (juros).

4.1.2. O empréstimo bancário como espécie de contrato de crédito bancário

O empréstimo de dinheiro (mútuo bancário), a abertura de crédito, a antecipação bancária e o desconto bancário são algumas modalidades de contratos de crédito bancário.³⁶⁴

No contrato de empréstimo bancário, o banco entrega ao prestatário bens, com transferência de propriedade, e, em contraprestação, esse deve ressarcir-lo, por meio de prestações, ou restituí-lo de quantia equivalente.³⁶⁵ Neste ponto é importante acrescentar que os juros e os rendimentos entram nessa conta a ser paga pelo prestatário como remuneração pelo valor emprestado.

O contrato de abertura de crédito bancário também é bastante comum. É através dele que o banco transfere um crédito para um período definido e para atender uma finalidade específica do cliente.³⁶⁶

De outro modo, na antecipação bancária, o banco transfere crédito ao cliente, mas mediante a entrega de títulos ou mercadorias que garantam e representem o crédito. Isso lhe diferencia tanto do contrato de abertura de crédito como também do empréstimo bancário. Neste caso, o cliente iria receber esses dividendos, mas recorreu ao banco como

³⁶⁴ OLIVEIRA, op.cit., 2006, p. 185. Sebastião José Roque já faz uma classificação diversa. Segundo ele o gênero é o mútuo bancário ou empréstimo de dinheiro, do qual são espécies os empréstimos em conta-corrente (também chamado de abertura de crédito), o desconto e a antecipação bancária. (ROQUE, op.cit., p.82). Na Espanha, recebe a denominação de contrato de crédito de consumo, segundo Raquel Luquin Bergareche: “En sentido estricto, no hay propriamente un ‘contrato de crédito al consumo’ regulado como tal de forma específica en nuestro ordenamiento jurídico sino varios negocios jurídico-privados, tipificados o no, en los que se desarrolla un mismo esquema jurídico-obligacional, que despliega un especial régimen normativo con base en la situación de inferioridad en que se halla el consumidor de crédito frente a la contraparte contractual: un prestamista o financiador profesional, sea o no una entidad bancaria o crediticia, concede o se compromete a conceder crédito (es decir, financiación) a un consumidor para la adquisición de un bien o contratación de un servicio quedando éste obligado a la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad en el plazo y con las condiciones pactadas”. (BERGARECHE, op.cit., p. 34).

³⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.20.

³⁶⁶ Sebastião José Roque orienta que o contrato de abertura de crédito bancário é “um tipo de contrato de mútuo, vale dizer, de empréstimo de dinheiro pelo qual o banco coloca à disposição do seu cliente um crédito até determinado limite, para que o cliente o use como lhe aprouver. Essa disponibilidade creditícia é aberta numa conta – corrente, que o cliente poderá usar com o saque por meio de cheques, podendo nela azer depósitos e outros lançamentos”. (ROQUE, op.cit., p.85). Francesco Galgano distingue a abertura de crédito do mútuo bancário. Segundo ele: “Differisce dal mutuo, che pure è contratto largamente impiegato dalla banca per i propri finanziamenti, sotto um duplice aspetto: a) a differenza dal mutuo, che è contratto reale, l’apertura di credito à contratto consensuale e si perfeziona per effetto del consenso, indipendentemente dalla consigna del danaro; b) a differenza del mutuo, che à contratto com effetto reale, traslativo della proprietà dele somme mutuate (art. 1814), l’apertura di credito produce effetto obbligatorio: la banca si fa debitrice del cliente per la somma accreditatagli, e il cliente acquista verso la banca il diritto di utilizzare il credito concessogli (detto anche provvista o disponibilità) in tutto o in parte, in una o più soluzioni”. (GALGANO, op.cit., p. 856-857).

forma de antecipar o recebimento de um pagamento futuro. Não é o caso do mútuo bancário, o qual dispensa o devedor da entrega destes títulos ou mercadorias que garantam o crédito.

Por fim, no desconto bancário há a entrega pelo banco de um valor ao cliente e este, por sua vez, confere àquele um título que represente o crédito que tem a receber.³⁶⁷

Dentre as principais características das atividades desenvolvidas pelos bancos constam os requisitos necessários à sua submissão ao Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a presença de um fornecedor e de um consumidor enquanto destinatário final de um produto ou de um serviço.

4.1.3. O contrato de empréstimo bancário (mútuo bancário) como contrato de adesão sujeito ao sistema de proteção ao consumidor

Em tempos atuais, as relações cotidianas são dinâmicas e um grande número de pessoas praticam atos comuns a todas elas, locomovem-se dentro e fora da cidade, por meio de carro próprio ou transporte coletivo, consultam-se em médicos, com ou sem plano de saúde, em hospitais públicos ou particulares, abrem conta em bancos, adquirem inúmeros bens de consumo, hospedam-se em hotéis, compram pacotes turísticos, estudam em colégios de educação regular privado ou em cursos que promovem atividades extracurriculares, etc.

Percebe-se constantemente que o volume de produtos e serviços comercializados e a pouca variação entre eles faz com que a maior parte dos contratos realizados, atualmente, sejam caracterizados como de adesão.³⁶⁸ Nesses contratos, todos aqueles que participam de igual relação a eles se sujeitam a uma fórmula padrão, sem pré-discussão entre os envolvidos, e sem necessidade de para cada situação elaborar-se e discutir-se novas fórmulas.³⁶⁹ Atente-se para o fato de que não se está defendendo a ausência de outros contratos, mas sim que a maior parte das nossas relações cotidianas pela dinâmica das nossas vidas submete-se a contratos cujo padrão é o mesmo para todas as pessoas.

³⁶⁷ Arnaldo Rizzardo exemplifica com clareza: “O título é endossado ao banco, o qual adianta o valor representado no mesmo, deduzidos os juros e as comissões. Reserva-se o banco a exigir do cliente o valor descontado, caso não satisfeito o título recebido. Há, como se vê, a concessão de um crédito, pois a quantia do título será exigível posteriormente à data do recebimento do valor”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.21).

³⁶⁸ Na mesma linha de entendimento, Hamilton Donizeti Ramos Fernandez: “Assim, passou-se à adoção dos contratos de adesão nos quais, como já referido, não há propriamente uma liberdade contratual no sentido material, de discussão das cláusulas e condições. Há simples adesão às cláusulas determinadas por uma das partes, ou seja, a mais forte economicamente”. (FERNANDEZ, Hamilton Donizeti Ramos. A teoria contratual. In: (Coords.) DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, nº18, p.41-86, abr.-jun.2013, p.44).

³⁶⁹ Esse fenômeno é denominado por Paulo Lôbo de “Massificação contratual”. Segundo Paulo Lôbo: “Contemporaneamente, os contratos aos quais as pessoas mais se vinculam estão submetidos a condições gerais predispostas por uma das partes, inalteráveis pelos destinatários, submetendo milhares ou até mesmo milhões de pessoas”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.163).

Inseridos nesse contexto também se apresentam os diferentes contratos de mútuo bancário, já que se formalizam através de um contrato de adesão, padrão, cujas cláusulas já foram digitadas sem serem debatidas. Esses contratos são impressos previamente com quase as mesmas cláusulas para qualquer cliente, comportando poucas variações decorrentes de alguns espaços vazios deixados para preenchimento posterior, tais como nome, valor pactuado, prazo, data e mensalidades, por exemplo.

Constata-se, pois, que esses espaços deixados em branco são referentes aos dados do consignante e especificidades da operação a ser por ele realizada, sem atingirem a essência do contrato, pois suas cláusulas já foram previamente pensadas e redigidas por apenas uma das partes: a instituição bancária.

Para Arnaldo Rizzardo, é evidente a condição de hipossuficiente do candidato ao empréstimo, bem como a caracterização deste contrato como de adesão, na medida em que há sujeição do consignante a cláusulas abusivas impostas de forma unilateral pelo consignatário.³⁷⁰

O que se observa comumente é que o cliente sequer lê o contrato e, muitas vezes até o faz, mas não percebe as cláusulas que lhes são desfavoráveis, já que não as compreende. Outras vezes, não é capaz de realizar operações matemáticas simples para aferir sua possibilidade de honrar o pagamento do empréstimo tomado.

O consumidor analfabeto não tem condições de entender o conteúdo do contrato, tampouco pode determinar-se contra ou a favor da realização de algo que não compreendeu. Interessante ainda notar que, na hipótese do consumidor não ser analfabeto, ler, compreender e perceber quão desfavoráveis são as cláusulas contratuais não há nada o que possa fazer para mudá-las; resta a ele, apenas como alternativa, a não assinatura do contrato já que não tem qualquer força para mudá-lo.

Dessa forma, é patente o desequilíbrio entre as partes celebrantes nos contratos de adesão e, por conseguinte, a vulnerabilidade do consumidor. Nesses contratos o elemento vontade é esmagado, pois suas cláusulas já foram pré-redigidas, restando pouquíssimo espaço para negociação. A vontade fica, pois, restrita à realização ou não do contrato de empréstimo.

³⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.25). Enuncia Rizzardo que são muitas as cláusulas abusivas nesses casos e elenca algumas delas: “como a que permite ao banco optar unilateralmente por índice de atualização monetária que quiser, sem consultar o consumidor; a que possibilita ao mesmo banco utilizar a taxa de mercado por ele praticada; aquela que autoriza o vencimento antecipado do contrato em caso de protesto ou execução judicial de outras dívidas; a cláusula que impõe a eleição de foro de comarca diferente ou daquela onde foi celebrada a operação [...]”. (Ibid., p.25-26).

Pois bem, e a grande questão é: se a autonomia da vontade nos contratos de mútuo bancário e nos contratos de adesão em geral fica restrita ao aderente decidir em sujeitar-se ou não às condições impostas por meio das cláusulas contratuais pré-redigidas³⁷¹, ou se é necessário que o aderente ou consignante seja capaz de compreender as cláusulas que o sujeitarão. Logo, para decidir entre o sim e o não, ou seja, entre a concretização ou não do contrato, é preciso conhecê-lo e entendê-lo. Caso contrário, ao aderente não será permitido sequer optar livremente entre o sim e o não, pois a falta de conhecimento será um elemento determinante para impedir a sua livre manifestação de vontade. A livre manifestação de vontade acontece mediante o conhecimento dos aspectos contratuais que se está pactuando.

E como garantir ao idoso analfabeto que sua vontade seja informada e, por conseguinte, livre? Essa é a intrincada questão que se apresenta no dia a dia de promotores de justiça que lidam diuturnamente com a completa ausência de conhecimentos dos idosos analfabetos sobre os contratos por eles firmados com as mais diversas instituições bancárias nas cidades de interior do Brasil.

Caracterizado, portanto, o empréstimo bancário como um contrato de adesão, por conter cláusulas padrão, em sua maioria não sujeitas a modificação pela vontade do aderente, e de natureza consumerista, já que apresenta os elementos caracterizadores dessa relação: o fornecedor e o consumidor como destinatário final de um produto ou serviço.

Nos contratos de fornecimento de crédito há relação de consumo. A autonomia do consumidor aderente está adstrita a aceitar o contrato, ou não, sem qualquer chance de negociação de suas cláusulas, salvo no tocante à quantia emprestada e ao prazo de pagamento. As demais cláusulas de fundo são padrão.

Na medida em que se identifica o tomador de empréstimo enquanto consumidor, bem como os demais elementos de uma relação consumerista, é automática a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários por ele realizados nessa condição, já que pacífica é a sujeição das atividades bancárias ao Código Consumerista.³⁷²

³⁷¹ “É claro que ao Estado, quando atribui uma liberdade, não interessa o que escolho, mas que possa escolher. O que ele protege não é minha escolha, mas o direito de escolher. Poder-se-ia objetar que o ordenamento estatal moderno não pode ser tomado como modelo de todo ordenamento jurídico possível, e que existem ordenamentos jurídicos em que a monopolização da força não é completa, e, dessa forma, nesses ordenamentos existem casos em que a intervenção da força privada é lícita”. (BOBBIO, op.cit., 2014, p.126).

³⁷² Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2591 ED/DF – DISTRITO FEDERAL EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Rel. Min. EROS GRAU J.14-12-2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS

Com frequência, atualmente, se defende a tese do diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, de modo a não afastar qualquer dos dois diplomas legislativos diante de uma relação de consumo.³⁷³

4.1.4. O tomador de empréstimo bancário e sua condição de consumidor

Definir o consumidor em sentido jurídico não é uma tarefa muito fácil. Os estudiosos do Direito em muito divergem e não conseguem chegar a um conceito universal e preciso, apesar de convergirem para a redação do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor que traz a definição legal do consumidor *standard* ou *stricto sensu*.³⁷⁴ Esse conceito é marcado pela presença de três elementos: subjetivo, objetivo e teleológico. De acordo com o elemento subjetivo o consumidor pode ser pessoa física ou jurídica; por sua vez, ele precisa adquirir produtos ou serviços, segundo o elemento objetivo. Por fim, o componente teleológico associa-se à finalidade para a qual foi adquirido o produto ou serviço pelo consumidor. Quanto a esse último elemento da caracterização do consumidor, é que se encontram as maiores divergências na doutrina e nos julgados.

Em busca da definição do conceito de consumidor *stricto sensu*, temos duas correntes doutrinárias, de formas distintas, uma mais ampla outra menos, na medida em que divergem acerca do elemento teleológico do conceito de consumidor.

PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR *AMICI CURIAE*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amici curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ARTIGO 3º, §2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 5º, XXXII, DA CB/88. ARTIGO 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 jan.2016).

³⁷³ TARTUCE, op.cit., p.9. “A aplicação do diálogo das fontes justifica-se no Brasil diante de uma aproximação principiológica entre os dois sistemas legislativos (CDC e CC/2002), principalmente no que tange aos contratos. Sobre essa aproximação, foi aprovado o Enunciado n. 167 na III Jornada de direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em dezembro de 2004”. (Ibid., p.10).

³⁷⁴ Artigo 2º, da Lei nº8.078/90: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Parágrafo único. “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Na teoria maximalista as normas consumeristas visam proteger todos os agentes do mercado (consumidores e fornecedores), e não são orientadas apenas para tutelar o consumidor não profissional, ou seja, a pessoa física individualmente considerada. Tem, portanto, um conceito amplo de consumidor, segundo o qual os agentes de mercado podem assumir os papéis de fornecedor ou de consumidor, sendo desnecessário que a pessoa física ou jurídica não tenha fim lucrativo com a aquisição do produto ou com a utilização do serviço. Assim, para essa teoria, tanto uma dona de casa que compra produtos alimentícios para uso em sua residência, quanto uma grande indústria de tijolos que compra argila para transformá-la, são consideradas consumidoras.

De outro modo, segundo a teoria finalista, o Código de Defesa do Consumidor existe para salvaguardar a parte vulnerável nas relações de consumo. Assim, apenas esses podem ser considerados consumidores, de modo a compatibilizar com a finalidade do sistema protetivo. Para ser caracterizado consumidor é necessário que a pessoa física ou jurídica retire o produto do mercado dando a esse uma destinação final, e, portanto, não o adquira para revenda ou uso profissional.

Percebe-se, pois, uma distinção de fundo no conceito de destinatário final para a teoria maximalista e para a teoria finalista. Para essa, quando o produto é considerado um instrumento de produção, integrante da cadeia produtiva, não há presença da destinação final exigida pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Assim, de acordo com a teoria finalista, o destinatário final é aquele que adquire e utiliza um produto para uso próprio e de sua família. Em princípio, portanto, somente o consumidor não profissional seria assim considerado.³⁷⁵ De outro modo, para a corrente maximalista, o destinatário final é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza ou consome.

³⁷⁵ O Superior Tribunal de Justiça em algumas decisões empresta uma evolução ao conceito de consumidor da teoria finalista para abranger o consumidor profissional hipossuficiente. No agravo em Recurso Especial nº626.223–RN (2014/0314007-4), o Min. Paulo de Tarso Sanseverino tornou possível a aplicação do regramento consumerista a contrato de financiamento contemplado com recurso do BNDES, realizado com uma empresa e cujo montante foi utilizado para a aquisição de maquinário utilizado na atividade produtiva. De acordo com o Ministro: “[...] Por outro lado, no tocante à possibilidade de incidência do CDC à pessoa empresária, a jurisprudência do STJ tem evoluído, no sentido de admitir tal situação, excepcionalmente, nos casos em que evidenciada uma típica relação de consumo: de um lado um fornecedor, do outro um adquirente ou utente vulnerável. Não há se olvidar, inicialmente, do entendimento sumulado desta Corte, de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça). *Dessa forma, na espécie, noticiam os autos, que a recorrida fez uso do capital mutuado pela instituição bancária recorrente como destinatária final, porquanto o emprego de tal montante permitiu a aquisição de máquinas para o efetivo desempenho da atividade produtiva e de subsistência da pequena empresa gráfica (impressão de material – e-STJ, fl. 38). Além disso não há se olvidar o inexpressivo porte financeiro dos contratos celebrados (R\$ 19.880,00 – dezenove mil e oitocentos oitenta reais), circunstância capaz de confirmar, de plano, a vulnerabilidade econômica da recorrida. Portanto, descabida a alegação do agravante, de modo que se mantém a decisão por seus próprios fundamentos”.* (grifos nossos). (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jan.2016).

4.2. Os contratos de empréstimo bancário: suas principais características e elementos

O contrato de empréstimo bancário é uma das inúmeras atividades desenvolvidas por entidades creditícias e assemelha-se ao contrato de mútuo.³⁷⁶ Sua natureza empresarial existe independentemente do tomador do empréstimo ser pessoa física empresária ou não. Para Arnaldo Rizzardo, o que é determinante para a caracterização do mútuo bancário enquanto contrato de natureza empresarial, e não civil, é a “empresariedade das operações bancárias”.³⁷⁷

Os empréstimos bancários podem ser de dois tipos: comerciais e pessoais.³⁷⁸ É comercial quando voltado para as atividades empresariais; sua finalidade é conceder empréstimo para empresas de pequeno, médio e grande porte cujas atividades precisam de investimentos financeiros para ser iniciadas ou mesmo para crescerem em produção, atingirem outros mercados ou aumentar instalações e empregados. Funciona, pois, como um fomento à atividade empresarial e tem grande importância ao seu desenvolvimento. Por sua vez, no empréstimo pessoal (chamado também de crédito pessoal), os consumidores beneficiados com o aporte financeiro já são clientes de instituições financeiras. Vale lembrar que não há necessariamente uma vinculação entre o consumidor e a instituição financeira da qual já é cliente para o recebimento do crédito pessoal e, por essa razão, é que o consumidor não pode estar inscrito no Serviço Nacional de Proteção ao Crédito (SPC) ou Serasa.³⁷⁹ A instituição financeira por não possuir vínculo anterior com o consumidor fará extensa pesquisa sobre a sua vida financeira. Ocorreu tamanha popularização dessas formas de crédito pessoal que elas podem ser realizadas pelo consumidor até mesmo em *sites* e sem

³⁷⁶ Nesse sentido Nelson Nery Júnior esclarece: O contrato de empréstimo bancário (mútuo) tem como objeto o crédito de dinheiro”. Esclarece ainda que não importa se o dinheiro será vinculado à aquisição ou não de algum bem, pois, segundo o autor a interpretação não pode conduzir ao absurdo de se imaginar que o consumidor guardaria para sempre o dinheiro, tomado em empréstimo, “debaixo do colchão”. (GRINOVER, op.cit., p.474). Da mesma forma, menciona Arnaldo Rizzardo: “O empréstimo bancário constitui um mútuo, com a especialidade de ser concedido por uma entidade creditícia submetida à disciplina da Lei 4.595, de 31.12.1964”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.36). Em outra obra, Arnaldo Rizzardo conceitua o empréstimo bancário: “Cuida o empréstimo bancário de contrato em que o banco entrega a terceiro uma determinada soma em dinheiro para lhe ser devolvida dentro de um prazo estipulado, cobrando juros pela operação, além de taxas de serviço ou de expediente”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1425).

³⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.39.

³⁷⁸ Paulo Maximilian salienta que os empréstimos mais comuns são os pessoais, para ele: “Os empréstimos mais correntes são aqueles pessoais, pelos quais os correntistas aceitam a taxa de juros previamente inserida no instrumento contratual, podendo optar, tão somente, por pequenas estipulações, tais como o número de parcelas, a data do vencimento e a forma de pagamento; sendo a mais comum o débito na própria conta-corrente”. (SCHONBLUM, op.cit., p.107).

³⁷⁹ “Serasa significa Centralização de Serviços dos Bancos, e não é uma sigla. A Serasa é uma empresa privada brasileira, que faz análises e pesquisas de informações econômico-financeiras das pessoas, para apoiar decisões de crédito, como empréstimos”. (Disponível em: <http://www.significados.com.br/serasa/>. Acesso em 08 jan.2016).

que exista qualquer necessidade de vinculação anterior entre o consumidor e a instituição financeira concedente do crédito.

O crédito consignado é um tipo de empréstimo pessoal, cuja linha de crédito é voltada especificamente para aposentados, pensionistas, servidores públicos e alguns trabalhadores da iniciativa privada que apresentam convênios com alguns bancos, visando conceder linha de crédito especial para seus funcionários.³⁸⁰ A grande vantagem dessa modalidade de empréstimo são os juros mais baixos que as demais formas de empréstimo, pois o risco ao qual se sujeita a instituição financeira prestadora é menor, já que as parcelas do empréstimo vêm descontadas diretamente da folha de pagamento do devedor.

Há que se atentar para o fato de que existem inúmeras outras formas de linhas de crédito fornecidas pelos bancos, cujas variações consistem basicamente nas garantias fornecidas aos bancos pelo devedor. Em relação direta de dependência com essas estão as taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras. Como exemplo citamos o refinanciamento do imóvel do devedor, a antecipação da restituição do imposto de renda, a antecipação do 13º salário e o crédito pessoal oferecido por *sites*.³⁸¹ Entretanto, para não ampliar de forma demasiada o estudo objeto dessa pesquisa, centra-se o trabalho no crédito consignado e nos empréstimos pessoais realizados pelas inúmeras financeiras espalhadas pelo país, pela maior incidência em relação aos consumidores idosos e analfabetos.

Quanto à classificação dos contratos de empréstimo bancário, podem ser oneroso, unilateral, nominativo e típico, segundo Arnaldo Rizzardo.³⁸² Mas como ocorre

³⁸⁰ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/5-opcoes-de-emprestimo-que-costumam-ter-juros-mais-baixos>. Acesso em: 08 jan.2016.

³⁸¹ O refinanciamento do imóvel é uma modalidade de empréstimo na qual o devedor dá como garantia da dívida contraída o seu imóvel, e, por essa razão, os juros são bem baixos, pois o banco poderá retomar o imóvel caso a dívida não seja quitada. No refinanciamento do imóvel os juros podem ser ainda menores do que os do crédito consignado, variando entre 19,56% a 26,82% ao ano, mas existem outros custos envolvidos na operação, como as taxas de cartório, já que essa operação necessita de alienação fiduciária e registro do imóvel, na qual o imóvel fica em nome da instituição financeira até que seja a dívida quitada. A antecipação do imposto de renda também é uma modalidade de crédito pessoal, com a diferença de que a dívida será debitada da conta do devedor assim que o imposto de renda lhe é restituído. Na antecipação do imposto de renda, as taxas partem de 1,93% ao mês, o equivalente a 25,78% ao ano. Assim como a antecipação do imposto de renda, a antecipação do 13º salário também é outra modalidade de empréstimo pessoal com baixas taxas de juros, devido ao baixo risco ao qual se sujeita a instituição financeira, que descontará a dívida contraída pelo consumidor assim que este receber o seu 13º salário. Por último, os créditos pessoais fornecidos por *sites*, como são mais rigorosos para conceder o crédito aos consumidores, conseguem montar uma carteira com bons pagadores e, por conseguinte, menores taxas de juros. (Disponível em: <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/5-opcoes-de-emprestimo-que-costumam-ter-juros-mais-baixos>. Acesso em: 08 jan.2016).

³⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.40. Raquel Luquin Bergareche também defende a onerosidade desses contratos, mas em relação à unilateralidade ressalta os diferentes entendimentos sobre a temática e afirma: “Ciñéndonos a los contratos de crédito al consumo, y siguiendo la línea argumental de la más reciente jurisprudência, tanto la exigencia legal de forma escrita como requisito de perfección del contrato (art. 16.1 LCCC), como el esquema de derechos y obligaciones recíprocas que articula la vigente LCCC (vid. Arts. 9, 10, 11, 16, 29 LCCC), permiten afirmar el carácter bilateral del crédito al consumo, del que surgen como veremos derechos y obligaciones recíprocas en el acreditado y el prestamista”. (BERGARECHE, op.cit., p. 42-46).

com toda classificação, ela não é a única, tampouco há entendimento uníssono sobre o assunto.

A onerosidade é uma característica intrínseca à atividade bancária que não se perfaz sem o recebimento de remuneração. Dessa maneira, os juros são elementos essenciais à manutenção das atividades dos bancos.

Para Arnaldo Rizzardo, o contrato de empréstimo é unilateral no sentido de que as obrigações são apenas do tomador do empréstimo, após a entrega do dinheiro. Defende ainda que são contratos nominativos e típicos.³⁸³ Essas características estão relacionadas, uma vez que é nominativo por receber uma denominação própria decorrente da regulamentação legal que lhe confere tipicidade.

Por sua vez, o contrato de empréstimo bancário tem como elementos os sujeitos, o objeto e a vontade. Os sujeitos do empréstimo bancário são o tomador e o prestador, ou seja, aqueles que manifestam a vontade na concretização do negócio jurídico. Esse, portanto, para existir depende da emissão de declarações de agentes voltados à realização do negócio jurídico.

No estudo dos sujeitos do empréstimo bancário encontra relevância para essa tese a aferição da capacidade do agente. Essa aferição já entra no plano da validade, por esta razão se afirma que para existir é necessário apenas a presença da vontade declarada por um sujeito, não se adentrando ao mérito da sua capacidade para manifestar vontade. Já para ser válido, o agente precisa estar qualificado para a prática do negócio jurídico, qualificação essas denominada de capacidade.³⁸⁴

Atualmente a capacidade do agente para a prática dos negócios jurídicos é disciplinada pelos artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil, segundo os quais são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, aqueles que por causa permanente ou transitória não conseguirem exprimir sua vontade e os pródigos.³⁸⁵

³⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.40. Carlos Roberto Gonçalves também enfatiza essa característica do mútuo como contrato unilateral, em suas palavras: “[...] porque entregue a coisa emprestada – instante em que se aperfeiçoa – nada mais cabe ao mutuante, recaindo as obrigações somente sobre o mutuário”. (GONÇALVES, op.cit., p.352).

³⁸⁴ Essa necessidade de adjetivação dos elementos do plano da existência para a aferição da validade do negócio jurídico é bem explicada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.58).

³⁸⁵ Artigo 3º “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015) (Vigência) Artigo 4º “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015) (Vigência) I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015) (Vigência) III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015) (Vigência) IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação

A capacidade não deve ser caracterizada apenas como a genérica, mas precisa estar presente a legitimidade.³⁸⁶ Esta representa uma especificidade da capacidade, pois relacionada à possibilidade de realizar determinados contratos.³⁸⁷ Ao foco desse trabalho, importa compreender o que falta ao analfabeto: capacidade ou legitimidade?

Atualmente, não falta capacidade ao analfabeto podendo este realizar quaisquer contratos mesmo os mais complexos.³⁸⁸ Apresenta-se necessária uma limitação específica para o analfabeto realizar atos que dependessem de uma compreensão que infelizmente lhes falta. Como entender que o analfabeto pode exprimir vontade livre e desimpedida sem que compreenda o contrato que está prestes a realizar?

Mas é preciso entender que qualquer limitação à capacidade do agente ou mesmo legitimidade precisa estar expressa em lei, como forma de conferir segurança aos atos jurídicos.

Não é correto tornar o analfabeto incapaz, mas torna-se relevante a existência de uma regra que limite sua legitimidade para a prática de empréstimos pessoais, até pelo volume com que esses vêm sendo realizados e pelo fato disso interferir diretamente em questões de ordem social e pública. Essa limitação funda-se na ausência de experiência com atos negociais, a qual compromete a sua livre manifestação de vontade, ou mesmo com

especial. (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015) (Vigência)". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 jan.2016).

³⁸⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.58. Capacidade e legitimação são institutos distintos como também demonstra Marcos Bernardes de Mello: "A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apesar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o poder de aquisição. Excepcionalmente, a legitimação pode decorrer de atribuição do sistema jurídico a terceiro que não seja o titular do direito". (MELLO, op.cit., p. 29). Pedro Pais de Vasconcelos conceitua a legitimidade. Para ele: "A legitimidade, como ficou já explicitado atrás, é a particular posição da pessoa perante concretos bens, interesses ou situações jurídicas que lhe permite agir sobre eles". [...] E enfatiza que a ausência de legitimidade conduz à ineficácia do negócio jurídico. (VASCONCELOS, op.cit., 2005, p.268; 270). Arnoldo Wald exemplifica: "Para determinados contratos específicos, como a compra e venda, além da capacidade genérica, é exigida uma legitimação, reconhecendo a lei que será anulável ou poderá padecer de nulidade o contrato diante da existência de determinadas relações jurídicas entre os contratantes. Assim, por exemplo, é anulável a venda de ascendente a descendente, a menos que os outros descendentes e o cônjuge do alienante tenham consentido expressamente [...]". (WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos 2**. Colaboração de Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257).

³⁸⁷ "Nesse último caso, embora as partes possam gozar de plena capacidade, estarão impedidas circunstancialmente de praticar ato específico, por relevantes razões sociais e de ordem pública". (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.59). Itamar Gaino ressalta: "Tradicionalmente se considerava apenas a capacidade do agente como requisito de validade do negócio jurídico, tendo-se a legitimação como um aspecto a ela inerente. Surgiu, porém, em tempos recentes, a ideia de legitimação como pressuposto ou requisito independente, relacionado a determinadas situações extraordinárias previstas em regras legais específicas". (GAINO, op.cit., p. 133-134).

³⁸⁸ Pontua Marcos Bernardes de Mello: "Diz-se incapaz aquele a quem as normas negam a capacidade de praticar, pessoalmente, ato jurídico válido. [...] Tem por fundamento a necessidade de proteger as pessoas que, por algum motivo relacionado à vivência nas relações negociais, à sanidade física ou mental, à situação cultural ou à impossibilidade física de administrar seus bens e praticar atos, são consideradas sem experiência de vida e sem as condições de discernimento que lhes permitam ter a plena consciência das consequências praticas de seus atos". (MELLO, op.cit., p. 21-22).

o fim de resguardar o seu patrimônio, como acontece com a necessidade de anuência de um cônjuge aos negócios jurídicos celebrados pelo outro consorte.

Outro importante elemento do contrato de empréstimo bancário é o objeto. O contrato de empréstimo realizado pelos bancos tem por objeto a entrega de determinados valores, de títulos ou de firma.³⁸⁹ Entretanto, o foco desta tese é o empréstimo de quantias monetárias aos idosos e analfabetos tendo em vista a grande ocorrência desta hipótese creditícia nos dias de hoje, sobretudo nas cidades do interior do Brasil e tendo em conta as facilidades para a concessão do crédito. Assim, o objeto do contrato de concessão de crédito é o valor expresso em moeda corrente que será emprestado.

Comumente, caracteriza-se a moeda como o bem fungível por excelência, na medida em que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade sem que a obrigação seja descumprida.³⁹⁰ A entrega do valor correspondente acrescidos dos juros convencionados extingue a obrigação do tomador do empréstimo, não sendo necessário que devolva ao prestamista as mesmas cédulas recebidas.

Outro elemento do contrato de empréstimo bancário é a vontade. Diz-se que o ato voluntário é aquele desejado, objeto de manifestação de vontade. De modo distinto, os atos involuntários são os que ocorrem independentemente da vontade do agente.³⁹¹ A vontade representa a “essência do negócio jurídico”³⁹², pois sem ela não existe contrato.

Diz-se que os atos praticados sob ignorância³⁹³, sobretudo quando o agente desconhece pontos essenciais do negócio jurídico, e os atos forçados são considerados involuntários, já que praticados dissociados da vontade do celebrante. Comumente, os atos praticados de forma involuntária, sejam eles por ignorância ou mesmo os forçados, geram arrependimento do agente.

³⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. Op.cit., p.41.

³⁹⁰ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 85: “São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

³⁹¹ Sobre atos voluntários e involuntários, Aristóteles pontua: “São consideradas involuntárias aquelas ações que ocorrem sob compulsão ou por ignorância; e é compulsório ou forçado aquele ato cujo princípio motor é externo ao agente, e para o qual a pessoa que age não contribui de maneira alguma para o ato, porém, pelo contrário, é influenciado por ele. Por exemplo, quando uma pessoa é levada a alguma parte pelo vento, ou por homens que a têm em seu poder”. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.56).

³⁹² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.56. “Não se discute, neste momento, se a manifestação da vontade se confunde com a intenção propriamente dita de seu declarante, pois isso, como veremos, está no campo da validade da manifestação. O que é imprescindível, para se entender existente um negócio jurídico, é justamente que tenha ocorrido uma declaração de vontade, faticamente aferível, e que decorra de um processo mental de cognição”. (Ibid., p.57).

³⁹³ “A ignorância pode relacionar-se, então, com qualquer dessas circunstâncias, e pode-se supor que o homem que ignorava algumas delas agiu involuntariamente, principalmente se ignorava os pontos mais importantes, que, segundo opinião geral, são as circunstâncias e a finalidade do ato. Além disso, a prática de um ato considerado involuntário por causa de ignorância deste tipo deve causar sofrimento e trazer arrependimento”. (ARISTÓTELES, op.cit., p.59).

De modo distinto, os atos voluntários³⁹⁴ relacionam-se com a escolha do agente. Assim, pode-se dizer que são realizados após a elaboração de um conceito racional do agente acerca da conveniência ou não da sua prática ou realização.³⁹⁵

A vontade deveria estar impregnada de uma manifestação livre e informada. Entretanto, fica restrita entre o sim e o não nos contratos de adesão; entre aceitar o contrato como ele já vem pronto ou não.³⁹⁶

A legislação não descurou da relevância do elemento vontade. Nos artigos 423³⁹⁷ e 170, ambos do Código Civil³⁹⁸, o legislador deixou expresso quão importante é preservar a vontade do contratante, mas sempre atento às limitações de ordem pública que necessariamente existem nessa fase de dirigismo contratual.³⁹⁹

É certo que a vontade é um elemento fundamental para a formação de qualquer contrato e, portanto, mesmo ela sendo mitigada nos contratos de adesão, ainda assim, é importante. Dessa forma, caso não seja possível verificar a existência da vontade o negócio será considerado inexistente. Caso a vontade apresente um vício, esse poderá levar à nulidade ou anulação do contrato de empréstimo.

A lesão e a realização de negócio jurídico sob premente necessidade ou inexperiência suscitam a anulabilidade do negócio jurídico (artigo 171, II do CC)⁴⁰⁰ ou

³⁹⁴ “Como tudo o que se faz forçado ou por ignorância é involuntário, o voluntário parece ser aquilo cujo princípio motor está no próprio agente quando este tenha conhecimento das circunstâncias particulares em que está agindo”. (ARISTÓTELES, op.cit., p.59).

³⁹⁵ “Mas então o que é a escolha, visto que não se identifica com nenhuma entre aquelas que examinamos? Parece ser voluntária, mas nem tudo que é voluntário é objeto de escolha. Será, então, aquilo que decidimos anteriormente? Seja como for, a escolha requer um princípio racional e o pensamento. Aliás, seu próprio nome parece sugerir que ela é aquilo que é elegido de preferência a outras coisas”. (Ibid., p.61).

³⁹⁶ Nesse sentido também Paulo Lôbo: “Nos contratos de adesão, a conduta do contratante aderente não configura exteriorização consciente de vontade, mas submissão às condições preestabelecidas. Por essa razão, o Código Civil de 2002 protege o aderente, qualificado como juridicamente vulnerável, com a interpretação que lhe seja favorável, quando em conflito com o predisponente”. (LÔBO, op.cit., 2013, p. 163). E Raquel Luquin Bergareche: “Los contratos de crédito al consumo son mayoritariamente contratos de adhesión, pues implican predisposición del clausulado contractual por parte del prestamista o financiador, de modo que el consumidor no puede negociar cláusulas prerredactadas de antemano por la contraparte y que no puede sino aceptar o no hacerlo (*take it or leave it*). En las operaciones de crédito al consumo aparecen generalmente dos formularios: uno, el del contrato de adquisición de bienes o prestación de servicios con el proveedor, y otro, el de crédito (em cualquiera de sus diversas formas) con el financiador, ambos con condiciones generales, las segundas más técnicas y complejas incluso que las primeras y, em cualquier caso, prácticamente incomprensibles para un consumidor-medio”. (BERGARECHE, op.cit., p.48-49).

³⁹⁷ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

³⁹⁸ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 170: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

³⁹⁹ Pode-se citar como exemplo dessas limitações de ordem pública: BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”; Artigo 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”; Artigo 426: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

⁴⁰⁰ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 171: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

podem ocasionar a revisão judicial do contrato (artigo 157, §2º, do CC).⁴⁰¹ Apesar dessas formas de anulabilidade do negócio jurídico terem por fim a preservação do elemento vontade do agente, nenhuma delas se mostra apta a proteger o analfabeto de forma preventiva, de modo a evitar a ocorrência da lesão e garantir-lhe ampla e irrestrita informação acerca da avença.

O que se quer assegurar aqui é a possibilidade de decisão entre o sim e o não, ou seja, entre decidir fazer o empréstimo e aceitar o contrato tal qual redigido ou não fazer o empréstimo. Isto pela simples razão de que para decidir entre o sim ou o não, ou seja, entre fazer ou não o empréstimo, há que se conhecer o que está escrito no contrato. Pensar de modo diverso significa negar ao contratante o direito de escolher entre o sim ou o não, pois como optar pelo que não sabe do que se trata?

Esse questionamento faz recordar a recomendação de Aristóteles sobre deliberação.⁴⁰² Para ele, a deliberação implica em um ato de escolha cujo desfecho é indeterminado, razão pela qual os indivíduos se valem de outras pessoas para auxiliar nesse processo de deliberação. Em um contrato de empréstimo o resultado não é desconhecido ou obscuro, mas não se deve esquecer que se trata de uma decisão complexa; sendo assim, importante ao idoso analfabeto ser auxiliado neste momento.

Acrescente-se aos elementos que compõem a formação do contrato de mútuo bancário a boa-fé e a equidade como pressupostos de sua validade.⁴⁰³

Em se tratando dos contratos bancários, o consumidor aderente é vulnerável. No que toca ao idoso e analfabeto essa vulnerabilidade é ainda mais acentuada. Essa é a grande questão envolvendo os contratos de adesão realizados entre instituições bancárias e pessoas idosas e analfabetas: a vulnerabilidade ínsita a esses contratantes e a necessidade de se posicionarem frente a diversas questões complexas.

⁴⁰¹ A BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. [...] §2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

⁴⁰² “A deliberação diz respeito às coisas que em geral acontecem de certo modo, mas cujo desfecho é obscuro, e àquelas nas quais este é indeterminado. Além disso, nas coisas importantes, recorremos a outras pessoas para nos ajudar na deliberação, por não termos confiança em nossa capacidade de decidir”. (ARISTÓTELES, *op.cit.*, p.62).

⁴⁰³ Entende Marcos Bernardes de Mello que: “A questão da boa-fé na realização dos negócios jurídicos constitui, na verdade, uma deformação da vontade, comparável ao dolo, que torna defeituosa a sua manifestação. Apesar disto a sua repercussão se vincula diretamente à moralidade, podendo até pensar-se em imoralidade do objeto. No entanto, é preiso destacar que intrinsecamente se trata de defeito que afeta a vontade, donde a incluímos nos pressupostos relativos ao sujeito. O problema da equidade, diferentemente, implica o equilíbrio das relações contratuais. Não vicia diretamente a vontade, mas gera uma situação de benefício do contratante mais forte, o fornecedor, em prejuízo do outro, o consumidor. Por isso, também a incluímos nos pressupostos relativos ao sujeito”. (MELLO, *op.cit.*, p. 20).

De outro modo, previu ainda a legislação que se deve preservar o vulnerável mesmo “contra” a sua vontade. Presume-se que, em razão da vulnerabilidade, sua vontade estaria sujeita a estar maculada. Por essa razão, em outros dispositivos, continua a protegê-lo, mesmo que a sua vontade seja outra. Essa proteção fica evidente no artigo 424, do Código Civil brasileiro.⁴⁰⁴ Nos contratos de créditos bancários realizados com consumidor idoso e analfabeto, ante a sua carga de vulnerabilidade, há que se limitar a sua autonomia privada, mas jamais presumir ou substituir a sua vontade.

Mais prudente, portanto, e mais condizente com os princípios de proteção da pessoa idosa eleitos na Carta Constitucional que se crie uma regra prevendo essa necessidade de ajuda à pessoa analfabeta na tomada de decisões envolvendo os contratos de empréstimo consignado, sem, no entanto, se descuidar da sua autonomia em decidir, mas assegurando que se trata de uma contratação precedida da necessária informação.

Permitir ao idoso e analfabeto uma vinculação do seu patrimônio, sem o necessário esclarecimento, mesmo com a limitação de 35%⁴⁰⁵ significa, muitas vezes, o comprometimento de um patrimônio do qual o aderente não dispõe, importando em desprezo pelo princípio da dignidade.

Essa limitação é indispensável à pessoa idosa e analfabeta, não pelo fato de ser idoso, mas pela presença da característica do analfabetismo, já que é esta que lhe impede, sem auxílio, compreender a linguagem escrita e conferir se esta se encontra em concordância com o explicado verbalmente. A característica de ser idoso apenas legitima a atuação do Ministério Público enquanto órgão que prestará essa colaboração.

Não raras são as hipóteses em que a assinatura do contrato não foi precedida da informação correta sobre as cláusulas contratuais e os idosos analfabetos terminam por contratar algo que ignoram e outras vezes não compreendem em sua maior parte as cláusulas as quais aderiram.

E o que representa para o contrato o desconhecimento das cláusulas contratuais? Quais as consequências práticas para o idoso analfabeto que fez um empréstimo,

⁴⁰⁴ BRASIL. Código Civil. (2002) Artigo 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁴⁰⁵ Artigo 1º, da Lei nº10.820/2003 alterado pela Lei nº13.172/2015 “Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. §1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para”.

consignado ou não, e desconhecia totalmente as cláusulas do contrato, bem como alguns dos seus elementos mais simples como a quantia emprestada e o valor a ser pago no total? O desconhecimento deve ser equiparado à ignorância e, por conseguinte são involuntários, causando vício ou inexistência no elemento vontade a depender do seu grau de comprometimento.

4.2.1. O crédito consignado como espécie de contrato de empréstimo bancário

O contrato bancário cuja finalidade é a concessão de dinheiro a ser debitado da folha de pagamento do devedor é denominado crédito consignado ou empréstimo consignado e caracteriza-se como um contrato de massa, cujas partes são de um lado o consumidor e da outra banda uma instituição bancária.

Afirmar que o crédito consignado é um contrato de massa significa compreendê-lo como um conjunto de cláusulas genéricas, as quais em sua maioria não podem ser alteradas pelo tomador do empréstimo, consumidor pessoa física ou jurídica, mas apenas admitem algumas alterações em aspectos específicos que individualizam os contratos.

É, portanto, um dos inúmeros produtos oferecidos pelos bancos aos seus clientes. E no momento em que uma instituição bancária fornece produtos e serviços aos consumidores ela se encaixa no conceito consumerista de fornecedor e está sujeita ao regramento do Código de Defesa do Consumidor.

O crédito consignado popularmente é conhecido por empréstimo consignado e de forma vertiginosa se espalhou pelos rincões do Brasil atingindo inúmeras pessoas que, ao passarem a obter o crédito facilitado começaram a adquirir bens duráveis e não duráveis jamais antes imaginados. Essa viabilização de crédito consignado a variadas classes sociais foi ocasionada pela expansão dos agentes e correspondentes bancários nas pequenas cidades do Brasil e responsável pelo aumento do crédito para pessoa física em oito vezes, segundo o Procon do Rio de Janeiro.⁴⁰⁶

Pelo fato de ser baixo o risco para a instituição financeira, no tocante ao recebimento do empréstimo já que o desconto das parcelas será automático do salário, da aposentadoria ou da pensão é que são possíveis a incidência de juros mais baixos. Além

⁴⁰⁶ Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/430>. Acesso em: 23 dez.2015.

disso, a concessão de crédito independe de estar a pessoa inscrita no Sistema de Proteção ao Crédito ou na Serasa.

A consignação em folha foi criada pela Lei nº1.046/50, e logo no artigo 2º, II fica permitida a sua utilização para amortização de empréstimo em dinheiro.⁴⁰⁷

Na consignação em folha, pode-se constatar a presença de três partes: o consignatário, o consignante e o consignado.⁴⁰⁸ O consignado é o tomador, aquele que, em razão de contrato firmado com o consignatário, foi beneficiado com o crédito e autoriza o desconto da sua remuneração, aposentadoria ou pensão. Assim, o consignado⁴⁰⁹ é aquele que pode consignar em folha e, atualmente, são em sua maioria compostos por aposentados, pensionistas e funcionários públicos. É, pois, o consumidor. Por sua vez, o consignatário é a instituição financeira que perceberá mensalmente os valores decorrentes dos descontos da remuneração, aposentadoria ou pensão do consignado. Por fim, o consignante é representado pelo órgão responsável pelo recolhimento dos salários, pensões ou aposentadorias do consumidor e que procede aos descontos relativos às consignações facultativas e compulsórias.⁴¹⁰ Por essa razão, diz-se que o pagamento do crédito consignado ocorre de forma indireta, já que as parcelas a serem quitadas pelo consumidor são deduzidas diretamente dos seus salários, pensões ou aposentadorias.

Quanto ao limite do percentual a ser descontado da remuneração do tomador do empréstimo, o artigo 21, da Lei nº1.046/50 estabelecia o percentual de 30% e 70% para

⁴⁰⁷ Artigo 2º, da Lei 1.046/50. “A consignação em fôlha poderá servir a garantia de: [...] II – Juros e amortização de empréstimo em dinheiro”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1046.htm. Acesso em: 08 jan.2016).

⁴⁰⁸ Artigo 2º do Decreto nº6.386/2008. “Considera-se, para fins deste Decreto: I – consignatário: pessoa física ou jurídica de direito público ou privado destinatária dos créditos resultantes das consignações compulsória ou facultativa, em decorrência de relação jurídica estabelecida por contrato com o consignado; II – consignante: órgão ou entidade da administração pública federal direta ou indireta, que procede, por intermédio do SIAPE, descontos relativos às consignações compulsória e facultativa na ficha financeira do servidor público ativo, do aposentado ou do beneficiário de pensão, em favor do consignatário; III – consignado: servidor público integrante da administração pública federal direta ou indireta, ativo, aposentado, ou beneficiário de pensão, cuja folha de pagamento seja processada pelo SIAPE, e que por contrato tenha estabelecido com o consignatário relação jurídica que autorize o desconto da consignação”;

⁴⁰⁹ Artigo 4º da Lei nº1.046/50 dispõe: “Poderão consignar em fôlha: I – Funcionários públicos ou extranumerários, mensalistas, diaristas, contratados e tarefeiros; II – Militares do Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Distrito Federal; III – Juízes, membros do Ministério Público e serventuários da Justiça; IV – Senadores e Deputados; V – Servidos e segurados ou associados de autarquias, sociedades de economia mista, empresas concessionárias de serviços de utilidade pública, ou incorporada ao patrimônio público; VI – Associados e servidores de cooperativas de consumo, com fins beneficentes, legalmente constituídas; VII – Servidores civis aposentados, e militares reformados, ou da reserva remunerada; VIII – Pensionistas civis e militares”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1046.htm. Acesso em: 08 jan.2016).

⁴¹⁰ O artigo 5º, da Lei nº1.046/50 dispõe: “Poderão ser consignatários: I – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado; II – Caixas Econômicas Federais e suas filiais; III – Autarquias, sociedades de economia mista, empresas concessionárias de serviços de utilidade pública, ou incorporadas ao patrimônio público; IV – Vetado; V – Vetado; VI – Vetado; VII – Estabelecimento de ensino oficial, ou reconhecido pela Governô; VIII – Proprietário ou locatária de prédio ou apartamento residencial, que fizer prova de o haver locado ou sublocado a consignante autorizado por esta lei, para residência sua ou da família e para pagamento do respectivo aluguel”.

desconto.⁴¹¹ A diferença no percentual ocorre pelo fato de se permitir um valor maior de desconto, caso seja o mesmo voltado à aquisição de imóvel para sua moradia, prestação de alimentos, educação e aluguel de residência. Em maio de 2015, foi vetada a lei que aumentava esse limite para 40%, ao argumento de que sem contrapartida que protegesse o tomador do empréstimo este poderia ter a sua renda familiar comprometida. Em 13 de julho de 2015, foi editada a Medida Provisória nº681, responsável por elastecer o limite do desconto do crédito consignado em folha de pagamento para 35%.⁴¹² Essa medida provisória foi convertida na Lei nº13.172/2015.⁴¹³

⁴¹¹ Artigo 21, da Lei nº1.046/50. “A soma das consignações não excederá de 30% (trinta por cento) do vencimento, remuneração, salário, provento, subsídio, pensão, montepio, meio-soldo, e gratificação adicional por tempo de serviço. (Redação dada pela Lei nº2.853, de 1956). Parágrafo único. Esse limite será elevado até 70% (setenta por cento) para prestação alimentícia, educação, aluguel de casa ou aquisição de imóvel destinados a moradia própria.” (Redação dada pela Lei nº2.853, de 1956).

⁴¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv681.htm. Acesso em: 21 jan.2015.

⁴¹³ Logo em seu artigo inaugural, a Lei nº13.172/2015 apregoa: Artigo 1º “A Lei nº10.820, de 17 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações”: Artigo 1º “Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. §1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I – a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II – a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito”. (NR) [...] Artigo 6º “Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no artigo 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. §5º Os descontos e as retenções mencionados no *caput* não poderão ultrapassar o limite de 35% (trinta e cinco por cento) do valor dos benefícios, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I – a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II – a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm. Acesso em: 21 jan.2016).

A consignação em folha pode ser caracterizada como compulsória ou facultativa.⁴¹⁴ Na primeira, segundo o artigo 3º, da Lei nº1.046/50⁴¹⁵, o desconto da parcela devida referente ao crédito recebido incide na remuneração, provento ou pensão para saldar dívidas com a Fazenda Nacional, contribuições fixadas em lei ou em cumprimento a decisão judicial. De outra banda, a consignação em folha facultativa resulta da livre disposição do patrimônio do servidor, aposentado ou pensionista que autoriza o desconto, consoante previsão expressa do artigo 4º, da Lei nº1.046/50, do artigo 4º do Decreto nº6.386/2008 e 1º e 2º, §1º, esses últimos da Lei nº10.820/2003.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Artigo 2º do Decreto nº6.386/2008: “Considera-se, para fins deste Decreto: [...] IV – consignação compulsória: desconto incidente sobre a remuneração, subsídio ou provento efetuado por força de lei ou mandado judicial; V – consignação facultativa: desconto incidente sobre a remuneração, subsídio ou provento, mediante autorização prévia e formal do interessado, na forma deste Decreto; Artigo 3º do decreto 6386/2008 “São consignações compulsórias: I – contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público; II – contribuição para a Previdência Social; III – obrigações decorrentes de decisão judicial ou administrativa; IV – imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza; V – reposição e indenização ao erário; VI – custeio parcial de benefício e auxílios concedidos pela administração pública federal direta e indireta, cuja folha de pagamento seja processada pelo SIAPE; VII – contribuição em favor de sindicato ou associação de caráter sindical ao qual o servidor seja filiado ou associado, na forma do artigo 8º, inciso IV, da Constituição, e do artigo 240, alínea “c”, da Lei nº8.112, de 1990; VIII – contribuição para entidade fechada de previdência complementar a que se refere o artigo 40, §15, da Constituição, durante o período pelo qual perdurar a adesão do servidor ao respectivo regime; IX – contribuição efetuada por empregados da administração pública federal indireta, cuja folha de pagamento seja processada pelo SIAPE, para entidade fechada de previdência complementar; X – taxa de ocupação de imóvel funcional em favor de órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; XI – taxa relativa a aluguel de imóvel residencial de que seja a União proprietária ou possuidora, nos termos do Decreto-Lei nº9.760, de 5 de setembro de 1946; e XII – outras obrigações decorrentes de imposição legal”. Artigo 4º do Decreto nº6.386/2008 “São consignações facultativas, na seguinte ordem de prioridade: I – contribuição para serviço de saúde prestado diretamente por órgão público federal, ou para plano de saúde prestado mediante celebração de convênio ou contrato com a União, por operadora ou entidade aberta ou fechada; II – co-participação para plano de saúde de entidade aberta ou fechada ou de autogestão patrocinada; III – mensalidade relativa a seguro de vida originária de empresa de seguro; IV – pensão alimentícia voluntária, consignada em favor de dependente indicado no assentamento funcional do servidor; V – contribuição em favor de fundação instituída com a finalidade de prestação de serviços a servidores públicos ou em favor de associação constituída exclusivamente por servidores públicos ativos, inativos ou pensionistas e que tenha por objeto social a representação ou prestação de serviços a seus membros; (Redação dada pelo Decreto nº6.574, de 2008). VI – contribuição ou integralização de quota-parte em favor de cooperativas constituídas por servidores públicos, na forma da lei, com a finalidade de prestar serviços a seus cooperados; (Redação dada pelo Decreto nº6.574, de 2008). VII – contribuição ou mensalidade para plano de previdência complementar, excetuados os casos previstos nos incisos VIII e IX do artigo 3º; VIII – prestação referente a empréstimo concedido por cooperativas de crédito constituídas, na forma da lei, com a finalidade de prestar serviços financeiros a seus cooperados; (Redação dada pelo Decreto nº6.574, de 2008). IX – prestação referente a empréstimo ou financiamento concedidos por entidades bancárias, caixas econômicas ou entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação; (Redação dada pelo Decreto nº6.967, de 2009). X – prestação referente a empréstimo ou financiamento concedidos por entidade aberta ou fechada de previdência privada; e (Redação dada pelo Decreto nº6.967, de 2009). XI – prestação referente a financiamento imobiliário concedido por companhia imobiliária integrante da administração pública indireta da União, Estados e Distrito Federal e cuja criação tenha sido autorizada por lei.” (Incluído pelo Decreto nº6.967, de 2009) ”.

⁴¹⁵ Artigo 3º, da Lei nº1.046/50: “Além da consignação em fôlha para os fins do artigo 2º, poderão ser admitidos com o caráter obrigatório, os seguintes descontos: I – Quantias devidas à Fazenda Nacional; II – Contribuição para montepio, meio sôlido, pensão, ou aposentadoria, desde que sejam em favor de instituições oficiais; III – Contribuição fixada em lei a favor da Fazenda Nacional; IV – Cota para cônjuge ou filhos, em cumprimento de decisão judiciária”.

⁴¹⁶ Artigo 1º, da Lei nº10.820/2003 alterado pela Lei nº13.172/2015: “Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil *concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.*

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I – a amortização de

O crédito consignado foi criado pela Lei nº10.820/2003 e disciplinado pelos Decretos nº4.840/2003 e nº5.892/2006. Este último inovou com a possibilidade de desconto das parcelas do empréstimo ou financiamento imobiliário no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação ou de programas destinados à aquisição de imóveis residenciais. Mas foi pela Lei nº10.953/2004, que alterou o artigo 6º da Lei nº10.820/2003, que o crédito consignado expandiu nas menores cidades do Brasil e atingiu a massa de idosos e analfabetos quando passou a ser oferecido a aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).⁴¹⁷

4.2.2. Conceito e características do crédito consignado

Com o crédito consignado, os funcionários públicos que, antes recorriam aos empréstimos pessoais a juros bastantes elevados, como forma de receber um empréstimo bancário, passaram a contar com essa forma de crédito com juros bem menos elevados devido à ampla garantia de recebimento.

Trata-se de um contrato de crédito bancário, de cunho pessoal, voltado para servidores públicos, aposentados, pensionistas e trabalhadores de empresas privadas cujas empresas realizam convênios com as instituições financeiras, visando propiciar uma taxa de juros mais baixa. Essa taxa de juros menos elevada é possível diante da maior margem de segurança no recebimento da dívida, já que o desconto das parcelas é realizado diretamente da folha de pagamento.

Entretanto, mesmo diante das vantagens fornecidas pelos créditos consignados, o Procon do Rio de Janeiro orienta os servidores públicos desse Estado a procurarem os setores de recursos humanos do órgão ou entidade em que estejam lotados para obterem informações detalhadas antes de realizar um crédito consignado.⁴¹⁸ Se o Procon do Rio de Janeiro bem chama à atenção para a necessidade de ampla e irrestrita informação

despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II – a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

⁴¹⁷ Artigo 6º, da Lei nº10.820/2003:“Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no artigo 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.” (Redação dada pela Lei nº13.172, de 2015).

⁴¹⁸ “O programa Consig RJ chegou, em dezembro de 2010, com novos canais de atendimento para ampliar o acesso do servidor ao financiamento, mas também com novos recursos para controlá-lo. [...] A ideia é orientar os servidores para que não ocorra o endividamento. O sistema Consig trouxe maior segurança e agilidade para os empréstimos, pois quando o consignado chega à margem de 30%, ele automaticamente corta ou bloqueia o cadastro e qualquer instituição financeira com acesso conseguirá identificar que, para aquele servidor, a transação não é possível”. (Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/430>. Acesso em: 23 dez.2015).

aos servidores públicos, pessoas instruídas e com amplo acesso às mídias e redes sociais, quiçá falar dos consumidores idosos e analfabetos, pessoas com extremada vulnerabilidade social, muitas vezes isolados em rincões distantes, desinformados, e sujeitos às mais diversas situações de risco.

4.2.3. As obrigações do prestador (consignatário) e do mutuário (tomador) nos contratos de créditos consignados

Mutuário, consignado ou tomador é a denominação conferida ao beneficiado do contrato de crédito consignado, ou seja, é aquele que autoriza o desconto em folha de sua remuneração, pensão ou aposentadoria para quitar as parcelas de um empréstimo recebido por força contratual. Em resumo: é o consumidor.

A principal obrigação do consignado ou tomador do empréstimo é o pagamento das parcelas e juros decorrentes do valor do crédito recebido em razão do contrato celebrado com a instituição financeira.

Ao se tocar nesse tema referente ao pagamento do empréstimo, é inevitável não se mencionar a hipótese de o consumidor desejar realizar o pagamento de forma antecipada, isto é, antes do vencimento das parcelas, com a finalidade de diminuir a incidência dos juros.

Antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor grande era a controvérsia na doutrina e nas decisões dos tribunais em torno da temática do pagamento antecipado do empréstimo tomado e, por conseguinte, a isenção do consumidor no pagamento dos juros. As instituições financeiras alegavam que os juros representam a remuneração justa por elas percebida, resultado de um contrato livremente pactuado entre elas e o consumidor. Nessa época, o artigo 15, da Lei nº1.046/50 trazia disposição expressa permitindo o pagamento antecipado do empréstimo, bem como a isenção dos juros das parcelas subsequentes.⁴¹⁹

Atualmente, com o artigo 52, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual deve haver redução proporcional dos juros e principalmente a maior

⁴¹⁹ Artigo 15, da Lei nº1.046/50: “É facultado ao consignante a qualquer momento, antecipar, ao todo ou em parte o pagamento de seu débito. §1º Na liquidação antecipada do empréstimo, ou da reforma, o consignatário deduzirá as consignações descontadas e ainda não recebidas, mediante comprovação fornecida pelo órgão averbador. §2º Na hipótese do §1º o consignante ficará isento dos juros relativos às prestações posteriores ao mês em que se realizar a liquidação”.

informação do consumidor sobre os seus direitos, esse artigo vem sendo implementado dia a dia e os tribunais do país festejam diuturnamente essa orientação.⁴²⁰

De outro modo, a principal obrigação do consignatário é a disponibilização do recurso contratado. Vale ressaltar que é responsabilidade da instituição financeira aceitar ou não fornecer o crédito ao consumidor e, para tanto, avaliar a capacidade de pagamento.⁴²¹

4.2.4. Superendividamento ou sobre-endividamento do consumidor

A necessidade constante de possuir bens de consumo duráveis ou não, de frequentar os lugares mais cobiçados e de sempre estar postando nas redes sociais as diversas atividades interessantes que está realizando, de modo a se integrar em determinado grupo, gera em inúmeras famílias despesas correntes desnecessárias e supérfluas.⁴²² O crédito não é sempre o vilão e não deve ser associado apenas como fomentador dessas despesas supérfluas. Em outros momentos, ele pode se apresentar como indispensável ao pagamento de despesas extraordinárias e vitais como as relacionadas a tratamentos médicos e hospitalares, aquisição de medicamento ou mesmo de despesas correntes (alimentares, moradia e escolares) na hipótese de um evento não previsto, como o desemprego, por exemplo.

O crédito pode ser responsável pelo salvamento de uma família e incrementar uma atividade produtiva, mas também pode levar à ruína aqueles que não sabem fazer uso

⁴²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tipo de Processo: Apelação Cível. Número: 70066650086. Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre. Seção: CIVEL Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO. QUITAÇÃO ANTECIPADA. DESCONTO NOS JUROS. DIREITO DO CONSUMIDOR. O CONSUMIDOR TEM O DIREITO DE QUITAR ANTECIPADAMENTE SUA DÍVIDA COM REDUÇÃO PROPORCIONAL DE JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS, COMO LHE ASSEGURA O §2º DO ARTIGO 52 DO CDC. SE TRATANDO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, O TEMA TEM PREVISÃO NAS RESOLUÇÕES 4.320/14 E 3.516/07 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. NÃO PODE SER ACOLHIDA A PRETENSÃO DA AUTORA DE INCIDÊNCIA DE JUROS SOMENTE COM RELAÇÃO A UM MÊS. NO CASO, HÁ PREVISÃO EXPRESSA DA FORMA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA, QUE ESTÁ DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70066650086, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, J.16-12-2015).

⁴²¹ Artigo 4º, da Lei nº10.820/2003 alterado pela Lei nº13.172/2015: “A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária, sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm. Acesso em: 20 jan.2016).

⁴²² Elcio Arruda adverte: “Nem é necessário ostentar condições financeiras satisfatórias para cerrar fileiras à orgia consumista: no afã de viver o presente, o momento, é melhor gastar sem ter, já que o porvir é incerto, duvidoso, importa o aqui e agora”. (ARRUDA, op.cit., p.21-22). Luca Petruzzellis, Roberto Ravazzoni e Salvatore Romanazzi enfatizam a complexidade do consumo: “Il consumo viene in sostanza considerato quale fenomeno estremamente articolato e complesso, un intreccio di relazioni economiche, demografiche, social e psicologiche, non più semplicemente come funzione del reddito disponibile, per cui il punto focale si muove dalla collettività, alla famiglia, all'individuo”. (PETRUZZELLIS, Luca; RAVAZZONI, Roberto; e ROMANAZZI, Salvatore. L'evoluzione dei consumi: scenari micro e macro – economici. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 23).

dele.⁴²³ Atentos ao crescimento do superendividamento⁴²⁴, as associações, os sindicatos, a União, os Estados e os Municípios intensificaram esforços para promover mudanças e criaram um novo sistema de consignado, o Consig,⁴²⁵ com a finalidade de garantir maior segurança às operações de concessão de crédito. Por meio dele, as instituições financeiras cadastradas já têm acesso à margem de consignação disponível do servidor, do aposentado ou pensionista.

Com a finalidade de proteger a remuneração dos pensionistas, aposentados e empregados sujeitos ao regime celetista e, por conseguinte, sua qualidade de vida o valor a ser descontado não pode ultrapassar os limites de 35% da remuneração para os descontos facultativos e 70% para a soma de facultativos e compulsórios.⁴²⁶ Posteriormente, deve acompanhar, por meio de seu contracheque, se os valores descontados correspondem aos efetivamente contratados.

Entretanto, esse limite não é fixo para todas as hipóteses de desconto em folha. Em relação aos militares, esse percentual de desconto em folha de parcelas referentes à contratação de financiamentos privados tem por limite 70% sobre suas remunerações diante da previsão especial do artigo 14, §3º da Medida Provisória 2.215-10/2001, conforme relatado no Recurso Especial (REsp) 1559874, pelo Ministro Herman Benjamin.⁴²⁷

⁴²³ O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) informam que o percentual da população adulta que não consegue pagar as suas dívidas é de 40%. (Disponível em: <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/5-opcoes-de-emprestimo-que-costumam-ter-juros-mais-baixos>. Acesso em: 08 jan.2016).

⁴²⁴ Ocorre no momento em que o consumidor se vê impedido de quitar suas dívidas sem comprometer a qualidade de vida e sobrevivência sua e de sua família.

⁴²⁵ Disponível em: <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/430>. Acesso em 23/12/2015.

⁴²⁶ Artigo 1º, da Lei nº10.820/2003: “Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos”. (Redação dada pela Lei nº13.097, de 2015). §1º “O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para” (Redação dada pela Lei nº13.172, de 2015) (*grifos nossos*). [...] Artigo 6º, da Lei nº10.820/2003 “Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no artigo 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.” (Redação dada pela Lei nº13.172, de 2015). Artigo 6º-A Equiparam-se, para os fins do disposto nos artigos 1º e 6º, às operações neles referidas as que são realizadas com entidades abertas ou fechadas de previdência complementar pelos respectivos participantes ou assistidos. (Incluído pela Lei nº13.183, de 2015).

⁴²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1559874 Rel.Min.HERMAN BENJAMIN Publicação: 11-11-2015 RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.874 – RJ (2015/0250872-1) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE: BANCO INTERMEDIUM AS ADVOGADOS: THIAGO DA COSTA E SILVA LOTT LUCAS WANDERLEY DE FREITAS E OUTRO(S) RECORRIDO: JOÃO CARLOS DA FONSECA COELHO ADVOGADOS: ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI IGOR LEAO DE SOUZA LIMA E OUTRO(S) INTERES.: BANCO ORIGINAL S/A ADVOGADOS: ANA MARIA PEREZ LUCAS DE BARROS EDIANA ROCHA SILVA ROSA E OUTRO(S) INTERES: BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A ADVOGADOS: FERNANDO AUGUSTO DE

O superendividamento pode ser ativo ou passivo. No superendividamento ativo o consumidor gasta mais do que ganha, sendo suas despesas correntes necessárias maiores do que a receita.⁴²⁸ De outro modo, para estar caracterizado o superendividamento passivo é preciso que ocorra um evento não previsto na vida da pessoa física, tal qual, divórcio, perda de um emprego ou um acidente.⁴²⁹

Não há um percentual ou limite fixo sobre os rendimentos para se considerar a pessoa superendividada⁴³⁰. Na verdade, não há regramento do superendividamento no

FARIA CORBO WILSON SILVA WAISE FILHO MÁRCIO ALEXANDRE AGUIAR MADUREIRA E OUTRO(S) INTERES.: BANCO SANTANDER BRASIL S/A ADVOGADO: JACKSON UCHÔA VIANNA E OUTRO(S) INTERES.: BANCO B G N S/A ADVOGADO: DIEGO MONTEIRO BAPTISTA E OUTRO(S) DECISÃO. Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 585, e-STJ): Apelação Cível. Empréstimos consignados. Militar da Marinha. Ação que visa à limitação dos descontos dos empréstimos em 30% (trinta por cento). Sentença de improcedência dos pedidos. Entendimento fundamentado na Medida provisória 2.215/2001. Recurso do autor. Possível superendividamento. Aplicação da Lei nº10.820/2003 aos militares. Princípio da Dignidade Humana. Recurso a que se dá provimento. Reforma da sentença. Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 615, e-STJ). Em suas razões, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação do artigo 14, §3º, da Medida Provisória 2.215-10/2001. Sustenta, em suma, que o desconto em folha de parcelas referentes à contratação de financiamentos privados por militares alcança o limite de 70% sobre suas remunerações. É o relatório. Decido. Os autos foram recebidos neste Gabinete em 16.10.2015. Merece prosperar a irrisignação. De fato, o STJ possui entendimento de que a margem para empréstimo consignado dos militares das Forças Armadas é superior àquela praticada para os demais servidores e o público em geral, podendo alcançar até mesmo a ordem de 70% dos seus vencimentos mensais, sempre observando que o somatório dos descontos obrigatórios e autorizados não ultrapasse o referido percentual [...]. Dessume-se que o acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual merece reforma. Diante do exposto, nos termos do artigo 557, §1º-A, do CPC, dou provimento ao Recurso Especial. Invertam-se os ônus de sucumbência. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de outubro de 2015.

⁴²⁸ Diana Cerini traz que o problema do superendividamento é mundial: “Il fenômeno identificato come sovraindebitamento del consumatore – definibile come situazione patologica determinata dall’impossibilità non temporanea ad adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte facendo ricorso ai propri redditi ed ai propri beni mobili e immobili – è in costante crescita in tutta Europa e nel resto del mondo [...]”. (CERINI, Diana. Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva comparata. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 171). Sobre a expressão “superendividamento ativo”, André Perin Schmidt Neto defende que ela só se refere ao tipo inconsciente, pois para ele: “o consciente não é um superendividado para fins de tutela do direito, pois se está ausente a boa-fé, não há que se falar em superendividamento. Por outro lado, ainda que sem qualquer medida de tratamento, o superendividado ativo consciente não deixa de possuir um débito superior ao crédito, comprometendo-lhe a dignidade, motivo pelo qual se optou por manter a classificação que subdivide o tipo ativo de superendividado”. (SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista da SJRJ**, v.16, n.26, 2009. Disponível em: <http://www4.jfjf.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

⁴²⁹ SCHONBLUM, op.cit., p.306. Nessa mesma linha de inteligência André Perin Schmidt Neto, segundo o qual: “Já o superendividamento passivo ocorre quando o devedor fica nessa condição por motivos externos e imprevistos, não pela má gestão e menos por má-fé, mas por acidentes da vida”. (SCHMIDT NETO, op.cit., p.12).

⁴³⁰ A despeito do caráter alimentar do salário e do superendividamento, nas decisões adiante colacionadas as ações anulatória foram julgadas improcedentes ou parcialmente procedentes a depender do percentual de comprometimento efetivo dos meios de sobrevivência do devedor: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 10615415720138260100. São Paulo - 14ª Câmara de Direito Privado - Relator Everaldo de Melo Colombi – 11/03/2014 – Votação: Unânime – Voto nº36597 Ementa: CONTRATO – Mútuo bancário – Desconto em folha de pagamento – Possibilidade – Cliente que procede a vários contratos de empréstimo, junto a diversas instituições financeiras – Superendividamento – Caráter alimentar do salário – Não comprometimento da totalidade dos meios de subsistência do devedor – Limite do desconto que, no caso, deve ser de 40% do valor de seu rendimento disponível (Lei Federal nº10.820/03) – Recurso parcialmente provido. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 06 jan.2016. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 99109055878300 São Paulo – 11ª Câmara de Direito Privado – Rel.Gilberto Pinto dos Santos – 26/11/2009 – Voto nº14062. Ementa: CONTRATO – Bancário – Empréstimos – Múltiplos e seguidos negócios que levaram a autora-devedora à situação de superendividamento - Pretensão de anulação dos contratos posteriores ao primeiro - Descabimento – Possibilidade, em tese, apenas de eventual revisão, desde que demonstrado efetivo encadeamento de contratos, cumulação de juros, onerosidade excessiva etc. - Ação anulatória julgada improcedente - Recurso improvido. Recurso parcialmente provido. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 06 jan.2016.

Brasil. Resta aos Tribunais, que através dos julgamentos de casos, criem um norte para a modulação jurídica desse comportamento, bem como aos estudos doutrinários para definir balizas que busquem conciliar tanto a necessidade de proteger o consumidor, mas também não sejam um estímulo ao descumprimento de obrigações civis.

A doutrina costuma trazer como elementos do superendividamento, a necessidade de se tratar de uma pessoa física, a impossibilidade de saldar suas dívidas com o seu patrimônio, a boa-fé do devedor (não abrange as dívidas com supérfluos) e o fato de estar restrito às dívidas necessárias.⁴³¹

Os Tribunais tratam o superendividamento sempre enfatizando a questão da boa-fé da pessoa física. Terminam por compreender a boa-fé quando o consumidor não possui a intenção de inadimplir, e, em razão dessa situação, conferem-lhe tratamento diferenciado.⁴³²

A questão do superendividamento divide bastante os Tribunais, inclusive no tocante à aplicação do limite de 30%,⁴³³ sobretudo pelo argumento de que no momento em que o consumidor contrata um empréstimo pessoal, exercendo sua autonomia privada, e autoriza o desconto em folha facultativo, o mesmo não pode ser considerado abusivo.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu no Agravo Regimental da Medida Cautelar 16.128, cuja relatoria coube ao desembargador Fernando Gonçalves,

⁴³¹ Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum chama a atenção para o fato que não se deve falar em superendividamento em si tratando de pessoa jurídica, pois nesse caso há as denominações técnicas da concordata e da falência. (SCHONBLUM, op.cit., p.305).

⁴³² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tipo de Processo Agravo de Instrumento. Número: 70067289413. Órgão Julgador: Vigésima Terceira Câmara Cível. Seção Cível. Comarca de Origem: Comarca de Novo Hamurgo. Relatora Ana Paula Dalbosco. Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. RETENÇÃO DE SALÁRIO CREDITADO EM CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR DE CHEQUE ESPECIAL. SUPERENDIVIDAMENTO. 1. DA UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO AUTOR PARA COBRIR SALDO DEVEDOR – Caso concreto em que é devida expressiva quantia resultante de contrato de abertura de crédito em conta-corrente – cheque especial –, onde a instituição financeira apropria-se da integralidade do salário do autor para fins de abatimento do saldo devedor. – *As instituições financeiras não podem se valer da integralidade do salário do correntista que lhe é confiado em depósito para abater saldo devedor da conta-corrente. – De acordo com o disposto no artigo 7º, X, da CF, o salário do trabalhador tem caráter alimentar e inviolável, pois se destina ao seu sustento e ao de sua família.* 2. SUPERENDIVIDAMENTO – *Resta caracterizado o superendividamento do autor, tendo em vista a realização de inúmeros empréstimos realizados ao longo dos anos, com o intuito exclusivo de saldar o débito contraído com a instituição financeira ré, de forma a minar seus vencimentos ao ponto de não conseguir mais manter o necessário para a manutenção do seu mínimo existencial.* 3. TUTELA ANTECIPADA – Demonstrada prova inequívoca do alegado e a verossimilhança da alegação associadas a uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 273 do CPC, vai deferido o pedido liminar de proibição de utilização de verbas salariais para cobrir saldo devedor junto à instituição bancária. 4. DA INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. – A exclusão de nome dos cadastros restritivos de crédito se justifica se presentes os requisitos previstos pelo STJ para a concessão de tutela antecipada. No caso em tela, presentes os requisitos e havendo verossimilhança das alegações em sede de cognição sumária, dado se vislumbrar na petição inicial e documentos juntados aos autos, indícios aptos a demonstrar os fatos alegados pelo demandante, impõem-se a reforma da decisão que indeferiu o pleito antecipatório da tutela, em relação ao contrato de empréstimo pessoal consignado. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº70067289413, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, j.13-11-2015. Diário da Justiça 17-11-2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2016 – Grifo nosso).

⁴³³ Esse percentual de 30% foi elevado para 35% pela Lei nº13.172/2015 que alterou o artigo 1º, da Lei nº10.820/2003.

que admitir a possibilidade do consumidor suprimir o empréstimo pactuado livremente, sob alegação de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e do caráter alimentar do salário, seria o mesmo que institucionalizar e incentivar o calote no Brasil.⁴³⁴

Em sentido diametralmente oposto, decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no processo nº0625123-84.2015.8.06.0000, julgado em 28/09/2015, cujo relator foi o desembargador Washington Luis Bezerra de Araujo. Segundo o relator, há que se prevalecer a tese do superendividamento e a limitação dos descontos na remuneração da consumidora, ao percentual fixado na lei estadual, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁴³⁵

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Ag Rg na MC 16.128 – Fernando Gonçalves. – RS (2009/0196276-5). T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento 04/02/2010. Ementa PROCESSUAL CIVIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUTELAR. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. PEDIDO SATISFATIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1 – O simples fato de existir especial admitido na origem não autoriza o manejo da cautelar, se a pretensão nela deduzida não alvitra, como na espécie, atribuir efeito suspensivo ao recurso, mas, de outro modo, busca, indevidamente, um juízo impróprio desta Corte, de substituição da instância ordinária na aferição do próprio mérito da demanda, apto a determinar a redução dos descontos na folha da requerente a patamar de 30% do bruto. 2 – A cautelar tem de estar atrelada ao especial e ser com ele pertinente, dado que o STJ é instância extraordinária por excelência. 3 – Afastamento da tese do "superendividamento" e da prevalência da dignidade da pessoa humana. 4 – Agravo regimental desprovido. Segue o trecho do voto do EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR): [...] *A vingar a tese da recorrente, da prevalência da dignidade da pessoa humana, em face do "superendividamento", estar-se-á institucionalizando o calote consentido, ou seja, bastará a pessoa se endividar, deliberadamente, além das suas possibilidades de pagamento, adquirindo bens de consumo de forma desarrazoada e, depois, alegar, pura e simplesmente, aviltada na sua dignidade, suprimindo, então, os descontos dos empréstimos consignados na sua folha de pagamento [...]*. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. (Grifo nosso). (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jan.2016).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na seguinte decisão, não confere tratamento diferenciado ao superendividamento: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Número 70066203142. Tipo de Processo: Apelação Cível. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível. Comarca de Origem: Comarca de Viamão. Seção: Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. SUPERENDIVIDAMENTO. Não merece reparos a sentença de extinção, com fundamento no artigo 267, IV, do CPC, da ação de insolvência requerida pelo próprio devedor, na hipótese em que não se cuida de estado de insolvência, efetivamente, mas sim se superendividamento. Caso concreto em que, devido a sucessivos empréstimos consignados, ao autor resta somente uma parcela dos seus vencimentos totais, o que – malgrado se lamenta – não configura estado de insolvência, já que possível, ao menos em tese, a quitação de todos os seus débitos, em longo prazo. Recurso de apelação desprovido. (Apelação Cível nº70066203142, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 10/12/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

⁴³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Processo: 0625123-84.2015.8.06.0000 – Agravo de Instrumento. Comarca: Fortaleza. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 28/09/2015. EMENTA: CIVIL, CONSUMIDOR E EMPRESARIAL. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS E PESSOAIS, DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO E EM CONTA CORRENTE. LIMITAÇÃO. PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. EXCLUSÃO DAS PRESTAÇÕES DE FINANCIAMENTO DE BEM IMÓVEL DO LIMITE DE DESCONTOS NOS VENCIMENTOS DO DEVEDOR. 1. É lícito que haja limitações nos descontos em folha de pagamento e em conta corrente nos empréstimos consignados, com o intuito maior de permitir que o devedor disponha do próprio salário em montante suficiente para assegurar a sua manutenção em condições de dignidade. 2. O artigo 251, *caput*, da Lei estadual nº9.826/1974, alterado pela Lei Estadual nº13.369, de 22/09/2003, estabelece que “A soma das consignações facultativas não excederá de 40% (quarenta por cento) da remuneração, subsídios e proventos, deduzidas as consignações obrigatórias”. 3. Tendo o valor global dos descontos sobre os vencimentos da devedora superado o máximo permitido em lei, impõe-se a sua adequação aos parâmetros legais. 4. Fica, porém, excluída da limitação a parcela alusiva à aquisição de bem imóvel, visto que a operação não se trata de consignação, bem como pelo fato de que o imóvel fica gravado como garantia e por terem as cláusulas pertinentes ao financiamento sido pactuadas livremente, não estando sujeitas a modificação pela vontade unilateral de uma das partes. 5. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do relator, parte integrante deste. (Disponível em: <http://esaj.tjce.jus.br>. Acesso em: 11 jan.2016).

A possibilidade de contratação de um empréstimo e, posteriormente, de forma unilateral pleitear a redução da margem da remuneração a ser descontada vem aumentando nos Tribunais brasileiros. Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum traz a seguinte frequência de aparecimento da tese do superendividamento no Tribunal do Rio de Janeiro: 2006 (3 processos); 2007 (11 processos); 2008 (19 processos); 2009 (41 processos); 2010 (66 processos) e 2011 (121 processos).⁴³⁶

No Distrito Federal, a realidade não destoa da apresentada no Rio de Janeiro. Como se pode constatar no *site* do Tribunal o número de casos de superendividamento aumenta ano a ano. Em pesquisa, foram encontrados 32 documentos referentes a acórdãos com a seguinte proporção: 2015 (14 processos); 2014 (6 processos); 2013 (7 processos); 2012 (2 processos); 2011 (1 processo); 2010 (1 processo); 2009 (1 processo).⁴³⁷

No Pará, o aumento das decisões acerca do superendividamento é também vertiginoso. Em pesquisa ao *site* do Tribunal, encontram-se 9 acórdãos e 4 decisões monocráticas, sendo 9 do ano de 2015, 1 do ano de 2012, 2 do ano de 2010 e 1 sem data informada.⁴³⁸

Um fator que pode enunciar a falta de boa-fé é a origem das dívidas. Caso se constate que essa origem seja ilícita, decorrente do não pagamento de multas, por exemplo, ele não pode ser considerado de boa-fé.⁴³⁹ Na ausência de boa-fé, o superendividamento é denominado ativo consciente e não recebe tratamento diferenciado dos Tribunais.

O superendividamento do consumidor idoso é alarmante ocasionado, em grande parte, pelo aumento da oferta de crédito a esses indivíduos sem a contrapartida da efetiva informação e ausência de educação financeira por parte desses consumidores.⁴⁴⁰

4.2.5. Cláusulas abusivas de presença corrente nos contratos de créditos pessoais com idoso analfabeto

Tornou-se comum a previsão, por parte de algumas instituições financeiras, de diversas cláusulas nos contratos de créditos pessoais consideradas abusivas pelos

⁴³⁶ Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Maximilian constatou essa frequência de julgados acerca da temática do superendividamento. (SCHONBLUM, op.cit., p.308).

⁴³⁷ Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 20 jan.2015.

⁴³⁸ Disponível em: <http://gsa-index.tjpa.jus.br>. Acesso em: 20 jan.2015.

⁴³⁹ SCHMIDT NETO, op.cit., p.07.

⁴⁴⁰ “Uma vez constata a maciça procura por essas linhas de crédito oferecidas de forma indiscriminada, pelas instituições financeiras, alguns casos interessantes vão sendo revelados pelos tribunais pátrios, no que concerne à proteção do consumidor idoso, embora muito haja para ser construído sobre tais formas de contratação. O que, em um primeiro momento, parecia reluzir como medida protetora de acesso ao consumo por parte de idosos acaba sendo diagnosticado como forma de superendividamento desses sujeitos”. (SCHMITT, op.cit., p. 135).

tribunais brasileiros. A revisão dessas cláusulas é sempre possível, mas é necessário que seja o Poder Judiciário instado a fazê-lo, pois não se admite a revisão de ofício das cláusulas abusivas, já que é vedado ao julgador conhecê-las de ofício, conforme dispõe a Súmula nº381 do Superior Tribunal de Justiça.

Analisa-se adiante algumas dessas cláusulas, consideradas por alguns tribunais como abusivas, de presença nos contratos de empréstimo bancário.

4.2.5.1. A instituição bancária fica autorizada a promover o vencimento antecipado do contrato em caso de protesto ou execução judicial de outras dívidas

Muito comum que a instituição financeira pactue no contrato com o consumidor aderente que o pagamento das parcelas do empréstimo com atraso promove o vencimento antecipado da dívida. O artigo 1.425, III, do Código Civil brasileiro traz expressamente essa possibilidade.⁴⁴¹

Ocorre que é unânime o entendimento segundo o qual às instituições financeiras aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Nesse diploma legal, há possibilidade de cláusula resolutória, mas a opção deve ser do consumidor, podendo inclusive quitar o débito e reduzir proporcionalmente os juros.⁴⁴²

As decisões dos Tribunais brasileiros são bastante discrepantes quanto à possibilidade do vencimento antecipado da dívida do consumidor. Muitos tribunais admitem o vencimento antecipado da dívida e afirmam não ser cláusula abusiva, impondo esse ônus

⁴⁴¹ BRASIL. Código Civil. (2002). Artigo 1.425: “A dívida considera-se vencida: III – se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.”

⁴⁴² Artigo 54. “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. §2º “Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do artigo anterior”. Artigo 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:” §2º “É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 28 jan.2016).

ao consumidor pelo descumprimento do seu dever de pagamento estipulado na avença.⁴⁴³ Inclusive, nas hipóteses de consignação em pagamento, fundamentam suas decisões nos princípios da boa-fé e da função social do contrato.⁴⁴⁴ Outros Tribunais admitem o vencimento antecipado em caso de atraso no pagamento da parcela, mas exigem que o consumidor seja notificado do inadimplemento judicial ou extrajudicialmente antes que seja promovido o vencimento antecipado. Esse seria um posicionamento intermediário entre o que veda totalmente a possibilidade do vencimento antecipado e os que admitem independentemente de notificação ao consumidor.

⁴⁴³ BRASIL. TRF-1 – APELAÇÃO CIVEL AC 00007569720124013500 0000756-97.2012.4.01.3500 (TRF-1) Data de publicação: 28/09/2015. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABELA PRICE. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PREVISÃO CONTRATUAL. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. PREVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. 1. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é aplicável aos contratos de financiamento bancários. A todo modo, a aplicação das normas consumeristas não tem fundamento jurídico para impor a modificação substancial das cláusulas contratuais, uma vez que o contrato constitui ato jurídico perfeito (CF, artigo 5º, XXXVI). Precedentes. 2. No período de adimplemento, a dívida proveniente de contrato bancário de abertura de crédito rotativo deve sofrer a incidência dos juros remuneratórios nele previstos, que não estão limitados à taxa de 12% ao ano, nem mesmo no período anterior à EC 40/2003, pois não era auto-aplicável o revogado §3º, do artigo 192, da CF (Súmula 648 do STF). Entendimento conforme o acórdão da 2ª Seção do STJ no Recurso Especial 1.061.530-RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado segundo o rito do artigo 543-C, do CPC. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 3. É legítima a adoção da Tabela Price no contrato de financiamento, notadamente quando prevista no contrato, pois constitui mera fórmula matemática que não se destina a incorporar juros não liquidados ao saldo devedor. Precedentes: AC 0020595-45.2011.4.01.3500/GO, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.202 de 04/11/2013; AC 0007328-72.2008.4.01.3900/PA, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.622 de 14/01/2014). 4. Nos contratos bancários celebrados posteriormente à vigência da MP 1.963-17, de 31/03/2000, reeditada sob o nº.170-36, é legítima a estipulação de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Precedentes do STJ e deste Tribunal: 5. "A jurisprudência pátria reconhece a legalidade da cláusula que estipula o vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento, como medida de equilíbrio contratual" (TRF1, AC 0019333-83.2008.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, DJe de 19/11/2013). 6. Apelação a que se nega provimento (grifo nosso).

BRASIL. TJ-DF – Apelação Cível APC 20120111749236 (TJ-DF) Data de publicação: 25-06-2015. Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DEFESA DO CONSUMIDOR. EMBARGOS DO DEVEDOR. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A despeito de se tratar de relação de consumo, é cediço que a estipulação do vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento do devedor não é abusiva, notadamente porque tal imposição constitui pressuposto do cumprimento de uma obrigação contratual anterior por parte da instituição financeira, que disponibilizara o valor a ser financiado. 2. Inclusive, é certo que, diante da situação de inadimplência, a cobrança de juros remuneratórios, cumulados com juros de mora é possível, mas desde que se respeite a taxa de juros praticada no mercado, limitada à taxa contratada (Súmula 296 do STJ), e sem cumulação de comissão de permanência. 3. Dada a natureza sinalagmática do contrato, tem-se como plausível a imposição de direitos e deveres a ambas as partes, mostrando-se legal a cláusula resolutória que impõe o vencimento antecipado da dívida, que nada mais é que uma proteção colocada à disposição do agente financeiro em caso de o devedor deixar de pagar as prestações. 4. O julgador não está obrigado a se pronunciar individualmente sobre todos os pontos e dispositivos legais mencionados pelas partes, quando, para decidir a lide, encontrar outros fundamentos que a resolvam. 5. Recurso improvido. (grifos nossos).

⁴⁴⁴ BRASIL Tribunal de Justiça de -Minas Gerais – Apelação Cível AC 10392130014740001 MG (TJ-MG) Data de publicação: 15-05-2015 Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE MARGEM CONSIGNÁVEL NÃO COMPROVADA – AUTORIZAÇÃO DO DEVEDOR PARA O ALONGAMENTO DA DÍVIDA – PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO E VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA – MEDIDA EXTREMA – APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. – O entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de que se aplica aos contratos bancários o Código de Defesa do Consumidor. – Não se admite o pedido de resolução do contrato e vencimento antecipado da dívida, por violar a legítima expectativa do consumidor de quitar o débito e a confiança deste de que os descontos iriam incidir até o final do contrato, em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, norteadora do ordenamento jurídico pátrio. Aliado a isso, evidenciado nos autos que houve supressão dos descontos mesmo tendo o cliente margem consignável suficiente para a quitação da parcela, não há como responsabilizá-lo pelo inadimplemento, com consequente resolução do contrato.

Importante esclarecer que há dispositivo expresso do Código Civil⁴⁴⁵ proibindo inserir no cálculo do vencimento antecipado os juros relativos ao período ainda não vencidos.

4.2.5.2. Imposição de eleição de foro de comarca diferente daquela na qual foi celebrado o contrato

A eleição de foro de cidade diferente da qual foi celebrado o contrato de empréstimo, por muito tempo, foi um fato corrente no Brasil cuja finalidade clara era dificultar o acesso à justiça ao consumidor e facilitar a defesa do fornecedor, ao tempo em que resultava em poucas demandas de contestação de cláusulas abusivas na justiça. As instituições financeiras colocavam nos contratos de adesão cláusula de foro elegendo as cidades onde tinham sede para dirimir quaisquer conflitos que porventura pudessem existir.

O consumidor, por sua vez, ficava sem qualquer escolha, pois como o contrato de empréstimo bancário é de adesão restava ao consumidor submeter-se ou não às condições que lhes eram propostas.

Os tribunais chegaram à conclusão de que a cláusula de eleição de foro designando local diferente de onde reside o consumidor é abusiva⁴⁴⁶ e, portanto, nula, podendo ser declarada de ofício pelo juiz. Dessa forma, uma demanda proposta por uma instituição financeira contra o consumidor idoso e analfabeto que tomou um empréstimo não pode ser ajuizada em local diferente de onde reside o consumidor, mesmo que exista cláusula no contrato elegendo foro diverso.

A abusividade da cláusula de eleição de foro como em local diverso da residência do consumidor visa proteger a parte vulnerável da relação, possibilitando que possa demandar em juízo com facilidade⁴⁴⁷ ou defender-se de ações ajuizadas pelo fornecedor. Logo, se a intenção dos Tribunais é proteger a parte vulnerável, não faz sentido

⁴⁴⁵ BRASIL. Código Civil. (2002) Artigo 1.426: “Nas hipóteses do artigo anterior, de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido”.

⁴⁴⁶ BRASIL Tribunal de Justiça - Minas Gerais – Agravo de Instrumento Cv AI 10024121836910001 MG (TJ-MG). Data de publicação: 26-04-2013. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PREVALÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. FACILITAÇÃO DA DEFESA. DECISÃO MANTIDA. – Tratando-se de relação de consumo, deve-se declarar nula a cláusula de eleição de foro diverso do domicílio do consumidor.

⁴⁴⁷ Assim adverte Nelson Nery Júnior: “A cláusula de eleição de foro em cláusulas contratuais gerais ou em contrato de adesão é, *in abstracto*, abusiva porque se traduz em dificuldade de defesa para o consumidor. Nada obstante seja lícita a eleição de foro, em se tratando de competência relativa, por autorização do Direito Processual, a questão deve ser analisada à luz do Direito Material porque objeto de estipulação negocial em contrato de consumo”. (GRINOVER, op.cit., p.505).

aplicar esse entendimento àqueles que não se encaixam no conceito finalista de consumidor, como vem sendo reiteradamente decidido.⁴⁴⁸

Questiona-se a possibilidade de o consumidor ajuizar demanda em foro distinto do seu domicílio, por sua opção. Nesse sentido, alguns Tribunais entendem que pode o consumidor eleger o foro, no qual possa melhor pleitear em juízo, na medida em que o sentido de existência da norma é favorecer o consumidor, parte vulnerável da relação contratual de modo a promover um equilíbrio de forças. Trata-se de mais uma regra, que permeia o sistema jurídico, cujo fim é trazer uma situação de vantagem ao vulnerável como forma de mitigar o desequilíbrio inicial entre os contratantes. Assim, se o consumidor escolhe pleitear em juízo diverso de sua residência essa eleição deve ser garantida pelo juízo.

4.2.5.3. Vinculação da correção monetária à TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo), TBF (Taxa Básica Financeira) ou TR (Taxa Referencial)

A correção monetária nasceu com o objetivo de reparar a perda da remuneração recebida pelas instituições bancárias, ocasionada pela inflação, possibilitando

⁴⁴⁸ BRASIL. TJ-RJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 00585681920148190000 RJ 0058568-19.2014.8.19.0000 (TJ-RJ). Data de publicação: 14/04/2015. Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – PESSOA JURÍDICA QUE CELEBRA CONTRATO DE EMPRÉSTIMO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM O INTUITO DE FORMAÇÃO DE CAPITAL DE GIRO – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PREVALÊNCIA DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – AGRAVADA QUE NÃO SE MANIFESTOU EM TEMPO HÁBIL – IMPOSSIBILIDADE DE INADMISSÃO DO AGRAVO POR NÃO CUMPRIMENTO DO ARTIGO 526 DO CPC – PRECEDENTES DO STJ. 1 – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, pois não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final, tal como prevista no artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 2 – É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3 – A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual o descumprimento das providências enumeradas no *caput* do artigo 526 do CPC, adotáveis no prazo de três dias, somente enseja as consequências dispostas em seu parágrafo único se o agravado suscitar a questão formal no momento processual oportuno e comprovar o seu descumprimento, sob pena de preclusão. 4 – Incabíveis embargos de declaração que, a pretexto de esclarecer suposta obscuridade, omissão ou contradição, são manejados com claro objetivo de atribuir efeito infringente ao julgado. A rediscussão da matéria não se harmoniza com a natureza e a função dos embargos declaratórios. 5 Embargos de declaração desprovidos.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 563820/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0204133-6. Relator (a) Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145). Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento 17/03/2015. Data da Publicação/ Fonte DJe 23/03/2015 Ementa AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO TOMADO POR EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE MAQUINÁRIO. INAPLICABILIDADE DO CDC. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. VALIDADE. RECONHECIMENTO DE HIPOSSUFICIÊNCIA POR ESTA CORTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que não se aplica do CDC aos contratos de empréstimo tomados por empresa para aquisição de maquinário a ser utilizado em sua atividade negocial. 2. Desqualificada a condição de consumidores finais, não fazem *jus* os recorrentes à tramitação do feito no seu domicílio, diante da higidez da cláusula de eleição do foro contratual. 3. A alteração dos fundamentos do acórdão recorrido acerca da hipossuficiência dos recorrentes demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

a atualização do valor pactuado das parcelas do empréstimo. Verificou-se que a ausência da correção monetária gerava para a instituição bancária uma perda no valor da justa remuneração recebida e, por conseguinte, um enriquecimento indevido do consumidor.

Assim, a possibilidade de correção monetária passa a ser admitida pelos Tribunais brasileiros, mas por muito tempo foi controverso o tipo de indexador a ser utilizado para a realização da correção monetária da parcela do empréstimo bancário.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento⁴⁴⁹ no sentido de que a taxa de juros de longo prazo (TJLP) pode ser usada como indexador de correção monetária nos contratos bancários. Assim também acontece com a taxa referencial (TR), mas essa além de só poder ser usada se pactuada com o consumidor só será indexador em contratos posteriores à Lei nº8.177/91.

Diante dos diversos entendimentos dos tribunais, a utilização da taxa referencial (TR) e da taxa de juros de longo prazo (TJLP) foi objeto de edição das Súmulas 295 e 288 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵⁰. Por sua vez, a taxa básica financeira (TBF) recebeu tratamento distinto das demais, sendo vedado o seu uso como indexador de correção monetária nos contratos bancários, consoante a Súmula 287 do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁵¹

4.2.5.4. Cobrança de juros compensatórios (remuneratórios) cumulados com a comissão de permanência

Os juros compensatórios também denominados remuneratórios são devidos durante o cumprimento normal do contrato. A sua razão de ser está justamente na contrapartida remuneratória a ser assumida pelo tomador do empréstimo bancário em razão

⁴⁴⁹ AgRg no AREsp 626223 (2014/0314007-4 – 15/09/2015) (inteiro teor). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jan.2016. Relatório e voto. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

⁴⁵⁰ Súmula nº295 “A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº8.177/91, desde que pactuada”. Súmula nº288 “A Taxa de Juros de longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 jan.2016).

⁴⁵¹ Súmula nº287 “A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 jan.2016).

do crédito recebido da instituição financeira. Portanto, a sua incidência dispensa o inadimplemento contratual, mas nessa hipótese também há possibilidade de cobrança.⁴⁵²

A taxa dos juros compensatórios deve ser pactuada, caso contrário fica limitada à média de mercado nas operações da espécie prevista pelo Bacen, salvo na hipótese da taxa cobrada ser mais benéfica ao consumidor (REsp nº1.080.507/RJ e REsp nº1.112.879/PR, submetido o artigo 543-C do CPC).

Não há abusividade na pactuação de taxa de juros compensatórios superiores a 12% ao ano ou mesmo maior que a taxa média do mercado, desde que juntado o contrato comprovando a sua previsão.⁴⁵³ A necessidade de pactuação dos juros remuneratórios superiores a 12% ao ano está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 382.⁴⁵⁴ Essa abusividade pode ocorrer após avaliação de cada caso concreto, mas não simplesmente em razão de pactuação de taxa superior a 12%. Verificada a abusividade dos juros remuneratórios, em cada hipótese, é possível a revisão da taxa para a média do mercado.

Na hipótese de inadimplência do consumidor, os juros remuneratórios apesar de poderem ser cobrados, não podem ser cumulados com a comissão de permanência.⁴⁵⁵ Entretanto, é possível a cumulação dos juros remuneratórios com os encargos moratórios.

4.2.5.5. Cláusula com multa de mora superior a 10% ou 2% do valor da prestação

A mora do consumidor no contrato de empréstimo ocorre quando ausente o pagamento da parcela devida. Entretanto, reconhecida a abusividade dos juros remuneratórios exigidos durante a execução do contrato (sem atraso) não se caracteriza a mora. De outro modo, fica demonstrada a mora se o reconhecimento da abusividade ocorrer em relação aos encargos do período de inadimplência contratual.

⁴⁵² TJ-RS – Apelação Cível AC 70056567829 RS (TJ-RS). Data de publicação: 01/11/2013. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRESTIMO PESSOAL (CRÉDITO CONSIGNADO). Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Súmula nº 297 do STJ. Juros remuneratórios para o período do inadimplemento. Inexistindo cláusula estabelecendo a cobrança da comissão de permanência, vai mantida a cláusula contratual que estabelece os encargos de inadimplência (juros remuneratórios, juros de mora e multa contratual), porém a cobrança dos juros remuneratórios deve ser limitada à taxa de juros contratada para o período da normalidade. Compensação e repetição de indébito. Pagamento indevido. Devolução de modo simples, sob pena de enriquecimento injustificado do credor. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível nº70056567829, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, J.30-10-2013).

⁴⁵³ Voto condutor do REsp nº1.061.530/RS, submetido ao artigo 543-C do CPC.

⁴⁵⁴ Súmula nº382 do Superior Tribunal de Justiça: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev.2016.

⁴⁵⁵ Súmula nº296 do Superior Tribunal de Justiça: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev.2016).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a multa por atraso no pagamento da prestação de um contrato bancário não pode ser maior do que 10% do valor da prestação, para os contratos realizados antes da vigência da Lei nº9.298/1996. De outro modo, para os contratos pactuados após a Lei nº9.298/1996 a situação é bem mais benéfica ao consumidor, pois o percentual da multa de mora não pode ultrapassar 2% do valor da prestação.

Assim, conforme a data de assinatura do contrato, esse percentual pode variar entre 2% e 10% do valor da prestação, em razão da Lei nº9.298/96, responsável por restringir o percentual da multa a 2% do valor da prestação e alterar o artigo 52, §1º do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁵⁶

Importante atentar para a Súmula 285 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.⁴⁵⁷ Dessa maneira, nos contratos assinados após a Lei nº8.078/90 e antes da Lei nº9.298/96 a multa pelo atraso a ser aplicada é a pactuada. Ocorre que essa multa não pode ser superior a 10% do valor da prestação. De outro modo, se posterior a Lei nº9.298/96 e, por conseguinte, também posterior ao Código de Defesa do Consumidor a multa de mora é a pactuada, mas limitada a até 2% do valor da prestação.

4.2.5.6. Cláusula com juros moratórios superiores a 1% ao mês

Os juros de mora são devidos “sempre que ocorrer omissão ou suspensão do desconto, durante a vigência do contrato”.⁴⁵⁸ Está associado, portanto, ao rendimento do capital que não foi na data apazada entregue pelo consumidor à instituição bancária. Os juros de mora podem ser convencionados até 1% ao mês, desde que não exista legislação específica em relação ao contrato bancário assinado, conforme entendimento firmado na Súmula 379 do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁵⁶ Artigo 52, do Código de Defesa do Consumidor: “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”: §1º “As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”. [Redação dada pela Lei nº9.298, de 1º.8.1996. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 25 jan.2016).

⁴⁵⁷ Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 jan.2016.

⁴⁵⁸ Artigo 8º, da Lei nº1.046/50: “Serão devidos os juros de mora sempre que ocorrer omissão ou suspensão do desconto, durante a vigência do contrato”. Parágrafo único – “Os juros de mora serão calculados pela taxa de 1% (um por cento) sobre o saldo devedor da importância mutuada, pagos após a última prestação contratual; e se a importância total for superior à prestação contratual, deverá ser desdobrada na base da prestação”. Ensina Giovanni Ettore Nanni que: “Os juros moratórios são considerados danos mínimos, que irrefutavelmente se presumem derivados da mora”. NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: (Coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 612.

Os contratos de empréstimos bancários não estão sujeitos à Lei de Usura, mas ao Código de Defesa do Consumidor, assim podem cobrar taxas de mercado, o que lhe confere um tratamento mais recrudescedor ao vulnerável, quando a ideia seria protegê-lo. Interessante a observação de Flávio Tartuce para o qual os juros dos contratos não sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor estão limitados a 1% ao mês ou 12% ao ano, diferentemente dos contratos sujeitos à legislação consumerista.⁴⁵⁹

A proteção consumerista mostra-se mais frágil, restrita e branda para a tutela do vulnerável, que a propiciada pelo artigo 406 do Código Civil brasileiro.

4.2.5.7. Cobrança de comissão de permanência cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual na hipótese de inadimplência

A comissão de permanência tem por fim proteger a remuneração recebida pelo credor dos efeitos da inflação. Assim, sua razão de existir é a mesma que a correção monetária. Entretanto, diferentemente da correção monetária, que é devida durante o adimplemento das prestações contratuais, a comissão de permanência passa a ser devida durante o inadimplemento contratual.

A taxa da comissão de permanência é disciplinada pela Resolução do Banco Central (BACEN) nº1.129/86, I, segundo a qual é calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

A discussão nos Tribunais e na doutrina sobre a comissão de permanência versa sobre a sua cumulabilidade com os encargos moratórios e remuneratórios. Essa questão não é uníssona, ao contrário, é objeto de inúmeros debates e decisões conflitantes. Chegar a uma conclusão acerca desse assunto passa pelo estudo da natureza jurídica da comissão de permanência, pois o que se deseja impedir é a formação de um *bis in idem*, ou seja, a geração de diversas cobranças para o mesmo fato gerador.

Após muitas pesquisas acerca da natureza jurídica da comissão de permanência, o Superior Tribunal de Justiça editou as Súmulas 30⁴⁶⁰ e 296⁴⁶¹, que, vistas em conjunto, podem levar à conclusão de que a cobrança da comissão de permanência deve

⁴⁵⁹ TARTUCE, op.cit., p.530.

⁴⁶⁰ Redação da Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev.2016).

⁴⁶¹ Súmulas 296 do Superior Tribunal de Justiça Súmula 296/ STJ “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev.2016).

ocorrer no período de inadimplência, mas precisa ter sido pactuada e não pode exceder o valor da cumulação dos encargos da normalidade (juros remuneratórios e correção monetária) e/ou com os encargos moratórios (juros moratórios e multa contratual).⁴⁶² A partir desse entendimento, verifica-se que a comissão de permanência não pode ser entendida como um encargo remuneratório, já que só pode ser cobrada no período de inadimplência. Trata-se, portanto, de um encargo que surge em razão da ausência ou atraso do pagamento; é, pois, de natureza moratória.

O limite do valor da taxa referente à comissão de permanência não pode ultrapassar a soma dos encargos de remuneração e moratórios, consoante a Súmula nº472, do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Paulo de Tarso, em decisão no Agravo Regimental (AgRg) no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 626223 interpretou as Súmulas nº472⁴⁶³ e nº30⁴⁶⁴ no sentido da impossibilidade de cobrança dos juros moratórios, juros remuneratórios, multa contratual e correção monetária cumulada com comissão de permanência diante da inadimplência do consumidor. Assim, nesse julgado ficou decidido que, caso a opção seja pela cobrança da comissão de permanência, não poderão ser exigidos os demais encargos.⁴⁶⁵ Entretanto, essa cobrança da comissão de permanência isolada, sem os demais encargos, fica dependente da necessidade de pactuação e juntada do contrato.

Mesmo com a edição das súmulas 30 e 296, a doutrina ainda diverge quanto à possibilidade de cobrança da comissão de permanência em caso de mora no pagamento da prestação. O desembargador Spencer Almeida Ferreira admite a cobrança da comissão de permanência, na hipótese de inadimplemento, quando pactuada no contrato e desde que em substituição dos encargos financeiros previstos para a normalidade. Para esse autor é possível a cumulação da comissão de permanência com os encargos originados em razão da mora, bem como com a correção monetária.⁴⁶⁶

⁴⁶² Entendimento consolidado no julgamento do REsp nº1.058.114/RS.

⁴⁶³ Redação da Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça “A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios e moratórios e da multa contratual”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev.2016).

⁴⁶⁴ Redação da Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça: “A Comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>_Acesso em: 02 fev.2016).

⁴⁶⁵ AgRg no AREsp 626223 (2014/0314007-4 – 15/09/2015) (inteiro teor). (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jan.2016. Relatório e voto – Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

⁴⁶⁶ “Com efeito, em tese, ao meu sentir, estando expressamente pactuada, no título executivo extrajudicial, a possibilidade de cobrança da comissão de permanência, no período de inadimplemento da obrigação, em substituição aos encargos financeiros previstos para situação de normalidade, ao credor é facultado optar por exigir ou não a taxa de comissão de permanência; não optando, aos encargos financeiros da normalidade devem ser acrescidos os juros de mora (limitados a 12% ao ano – artigo 407 do Código Civil c.c. artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional) e a multa de 2% (artigo 52, §1º do Código de Defesa do Consumidor – se este for aplicável). Todavia, se a opção for pela substituição dos encargos de

O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça pugna pela possibilidade de cobrança da comissão de permanência utilizando-se como percentual a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen, excluídos os demais encargos, sejam de natureza moratória ou remuneratória.

4.2.5.8. Cobrança de tarifa de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) nos contratos celebrados após 30.04.2008

Por muito tempo, as instituições financeiras tinham por conduta corrente a cobrança de taxas de abertura do crédito e de emissão de carnê nos empréstimos bancários, através da colocação de cláusulas nos contratos de adesão que obrigavam o consumidor ao seu pagamento. Entretanto, a doutrina consumerista começou a questionar a legalidade dessas cláusulas.

A Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, seguindo o voto da Ministra Relatora Isabel Gallotti, que a previsão no contrato e cobrança ao consumidor das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) é conduta abusiva, em relação aos contratos celebrados após 30 de abril de 2008.⁴⁶⁷

normalidade pela comissão de permanência, em face de sua noção conceitual e de sua natureza jurídica compensatória, não se verificaria qualquer óbice à sua cumulação com os encargos da mora, quais sejam: a multa contratual e os juros de mora, desde que observada a taxa média de mercado apurada e divulgada pelo BACEN (Circular nº 3.567/11). Eventuais práticas abusivas podem, sempre, ser coibidas pelo Poder Judiciário”. (Spencer Almeida Ferreira, A Comissão de Permanência e a Súmula 472 do STJ – Breves reflexões. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 24 jan.2016). “Exatamente porque o teor da Súmula 472, interpretado em conjunto com o da Súmula 30, aparentemente, não permite a atualização monetária do valor da obrigação, limitando o índice da comissão de permanência à soma dos “encargos remuneratórios e moratórios” previstos no título, o que permitiria o enriquecimento ilícito do devedor. É notório que a atualização monetária representa apenas a manutenção do poder aquisitivo da moeda, não sendo admissível a sua exclusão na apuração de qualquer crédito. É devida ex vi legis e, em juízo, pode ser concedida de ofício, independentemente de pedido expresso. A expressão “encargos remuneratórios” utilizada na Súmula nº472 compreenderia, pois, o índice de atualização monetária, acrescido à taxa de juros remuneratórios previstos para incidência até o vencimento da obrigação. E a expressão “encargos moratórios” abrangeria os juros de mora e a multa”. [...] “Concluindo, pode-se afirmar que a comissão de permanência, diferentemente do que, à primeira leitura, parece constar da Súmula 472 do STJ, não pode ter seu índice como sinônimo de “juros remuneratórios à taxa média de mercado” e “limitado ao índice que consta do contrato” a esse título, como vêm afirmando alguns julgados do TJ/SP. Indispensável reconhecer-se que a atualização monetária – qualquer que seja o seu índice – deve ser admitida como incluída no cálculo da comissão de permanência; entendendo-se que a proibição de cumulatividade da correção monetária com a comissão de permanência, prevista na Súmula 30 do STJ, pressupõe essa inclusão da atualização monetária na formação do índice da comissão de permanência, exigível, em substituição, após o vencimento, enquanto durar a inadimplência”. (SPENCER, Almeida Ferreira. **A comissão de permanência e a Súmula 472 do STJ** – breves reflexões. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁶⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ARTIGO 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE. 1. "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do artigo 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012). 2. Nos termos dos artigos 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer

Dessa forma, permitiu-se a cobrança de tarifa de abertura de crédito e tarifa de emissão de carnê nos contratos bancários celebrados até 30/04/2008, que marcou o fim da vigência da Resolução CMN nº2.303/96. Mas, ressalte-se que a possibilidade dessa cobrança não exclui a aferição de abusividade em cada caso.⁴⁶⁸

4.2.5.9. Cobrança de capitalização mensal sem expressa pactuação

A capitalização dos juros anual pode ser expressa pelo duodécuplo da mensal ou ainda pode ser superior a esse índice. Mas para a instituição bancária cobrar do consumidor aderente essa taxa superior ao duodécuplo da mensal precisa vir expressamente pactuada, conforme frisou a Ministra Maria Isabel Gallotti, no Recurso Especial (REsp) nº973.827.

Por sua vez, a capitalização mensal passou a ser aplicada pelas instituições financeiras sem que houvesse expressa pactuação nos contratos bancários. Essa conduta surpreendia o consumidor e lhe impunha mais um ônus financeiro. A doutrina consumerista viu a necessidade dessa capitalização mensal estar expressa no contrato de forma clara.

cumprir as normas expedidas pelo CMN. 3. Ao tempo da Resolução CMN nº2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, "a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição." 4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil. 5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008. 6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado. 7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de "realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente" (Tabela anexa à vigente Resolução CMN nº3.919/2010, com a redação dada pela Resolução nº4.021/2011). 8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 9. Teses para os efeitos do artigo 543-C do CPC: – 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN nº2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. – 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. – 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 10. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – REsp: 1251331 RS 2011/0096435-4, Rel.Min. Maria Isabel Gallotti, j.28-08-2013, S2 – Segunda Seção, DJe 24-10-2013). Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br>. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁶⁸ Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.251.331/RS.

Os tribunais passaram a entender incabível a pactuação mensal, mas o contrato deveria ser juntado à petição inicial como forma de comprovar que está prevista no contrato. Essa possibilidade de cobrança passou a ser permitida após a Medida Provisória nº1.963-17/2000.⁴⁶⁹

4.3. Princípios contratuais e consumeristas aplicados aos contratos de créditos bancários

Atualmente, a economia gravita e promove a competição e não a colaboração, já que no mundo dos negócios, diante da enorme competitividade, há que se buscar o lucro para a sobrevivência da empresa. E essa constatação não constitui fonte de crítica ao lucro, pois este é fundamental à atividade de todo empresário, posto que consiste na remuneração pela atividade desempenhada. Ademais, toda atividade almeja alcançar o sucesso e o lucro não deixa de ser a constatação desse sucesso empresarial, necessário até mesmo à manutenção da atividade e dos inúmeros empregos que ela proporciona.

Ocorre que, na busca pelo lucro e pela sobrevivência de uma atividade empresarial a ética se torna, muitas vezes, menos importante na obtenção desse resultado positivo. Prioriza-se a competição até como modo de sobrevivência empresarial em detrimento da ética.⁴⁷⁰ O foco empresarial, na maior parte das vezes, centra-se no lucro e não nas pessoas; preocupa-se cada vez menos com o planeta e com as pessoas que nele habitam na busca desenfreada pelo sucesso financeiro.

Dáí a necessidade de regras criadas pelo Estado para limitar a autonomia e impor uma ética mínima que resguarde e proporcione a manutenção da vida humana, mas também que proporcione os elementos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial.

O lucro não deve ser visto pelo Poder Legislativo como um elemento indesejado da atividade empresarial, mas como indispensável à existência de qualquer empresa. O objetivo não deve ser afastar ou restringir o lucro, mas conciliá-lo com princípios que salvaguardam valores eleitos pelo constituinte enquanto também necessários ao

⁴⁶⁹ É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nos contratos celebrados após 31-3-2000, data na qual foi publicada a Medida Provisória nº1.963-17/2000 (REsp nº973.827).

⁴⁷⁰ “A Grande Transformação consiste na passagem de uma economia de mercado para uma sociedade de mercado. Ou em outra formulação: de uma sociedade com mercado para uma sociedade só de mercado. Mercado sempre existiu na história da humanidade, mas nunca uma sociedade só de mercado. Quer dizer, uma sociedade que coloca a economia como o eixo estruturador único de toda a vida social, submetendo a ela a política e enviando a ética para o limbo”. (BOFF, op.cit., 2014, p.9).

equilíbrio das relações privadas e em busca de uma sociedade atenta à dignidade de seus integrantes.

Desse modo, a ética deixa de ser faculdade e passa a poder ser exigida das empresas quando se tipificam condutas obrigatórias a serem seguidas nas tratativas com os seus clientes, bem como nas confecções de contratos e posturas pós-contratuais. Essas condutas passam a ser descritas em regras e princípios e, portanto, devem ser praticadas pelos fornecedores de bens e/ou serviços. É nesse contexto que se entende o princípio da boa-fé objetiva como a incorporação da ética nas relações contratuais.

No atual contexto de nossa sociedade, enfatiza-se mais o ter, o expor nas redes sociais objetos de consumo e viagens do que o estreitamento das relações entre os amigos e familiares. E as normas jurídicas representam esses valores já incorporados à sociedade, mas também contém prospecções de ideais por ela almejados.

Os princípios, as regras e os postulados assumem a difícil missão de agrupar os diferentes anseios e valores de uma sociedade, mas também de promover o surgimento de um ideário cuja marca seja a colaboração e a promoção da felicidade desatrelada dos bens de consumo.⁴⁷¹

O sentimento de felicidade não pode estar relacionado ao consumo de bens duráveis ou não duráveis que se adquire no decorrer da vida. É preciso compreender o estar feliz⁴⁷² associado à convivência diuturna entre as pessoas de forma harmônica, bem como atrelada à realização das atividades cotidianas. Assim, a felicidade pode e deve ser

⁴⁷¹ Assiste razão a Élcio Arruda, para o qual: “O homem pós-moderno há de ser induzido e conduzido a se engajar no projeto de tentar mudar a sociedade, de propiciar o bem-estar, de levar luz, de alargar o edifício da cidadania, de reformar modos, de elevar moralmente, de civilizar, de protagonizar atos de virtude cívica”. (ARRUDA, op.cit, p.35-36). Christoph Türcke enfatiza a compulsão social, o poder de reificação e o *lifestyle* promovidos pelas diversas sensações despertadas com os comerciais: “O poder muda de caráter. Sofre uma mutação, convertendo-se em uma compulsão social generalizada. Quem quer pertencer à sociedade tem que treinar como andar ereto, dizer frases inteiras, lavar-se, ler, calcular, escrever – puras habilidades que, por mais prazerosas que possam ser em casos específicos, nunca entrariam no repertório humano sem coação [...]. O poder de reificação não está excluído desse processo. Mesmo ele não continua sendo o que é – como claramente se percebe em seu porta voz, que é o comercial: comerciais que envolvem seus respectivos produtos na atmosfera de uma malha sonora, nuvens de cores e formas de edição – em suma, todo um lifestyle -, que deixam aparecer a marca ou a forma do produto como que por acaso, são meras enganações, na medida em que sugerem que não se trata mais primordialmente de sua venda, mas de ‘estética’”. (TÜRCKE, op.cit., p. 38-39).

⁴⁷² A ideia de felicidade é associada a algo transitório; relacionada a um momento. Assim também Rogério Donnini: “A ideia de felicidade é polissêmica e inexistente um comportamento, uma maneira de viver ou pensar, nos planos material ou imaterial, que permita conceituá-la, mesmo porque esse verdadeiro estado de espírito é encarado como algo transitório, pois há momentos de felicidade e infelicidade. Por isso, tem significados diversos para cada pessoa. Trata-se de sentimento que, examinado individualmente, não gera um consenso no que concerne à sua demonstração”. (DONNINI, op.cit., 2015, p.53). Segue a mesma linha, Romualdo Baptista dos Santos: “Em todo o caso, o que é a felicidade senão um sentimento, uma emoção ou uma paixão especial que se sabe em determinados momentos, diante de algum fato ou de alguma realização”. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit., p.93). Por sua vez John Rawls associa a ideia de felicidade à realização do seu plano racional: “Assim, estamos felizes quando nossos planos racionais estão indo bem, nossos objetivos mais importantes estão se realizando e temos motivos para acreditar que nossa boa sorte persistirá”. (RAWLS, op.cit., p. 676).

encontrada no dia a dia e não em algo extraordinário ou dependente de qualquer aquisição material.

Não é lícito, tampouco, em busca de uma felicidade coletiva se esvaziar a personalidade de cada indivíduo.⁴⁷³ Há que se buscar formas de promoção da felicidade individual e a partir dessa se alcançar a coletividade. O caminho é, pois, inverso.

Constituição Federal brasileira de 1988, Código Civil atual, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso são fontes normativas que buscam conciliar a diversidade dos valores assimilados, mas também os que apesar de almejados ainda não foram efetivados. Com o Código Civil de 2002 passou a existir uma maior sintonia entre essas legislações, já que todas nasceram após a Constituição Federal de 1988 e necessariamente devem traduzir os valores por ela eleitos, sob pena de não guardarem constitucionalidade. Há, pois, uma interação entre essas fontes, convergindo regras e princípios, elencados no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo os relacionados aos contratos.

Diante dessa interação das diferentes fontes legislativas, é correto afirmar que os princípios adiante delineados se aplicam para os contratos civis envolvendo idosos e analfabetos e não só aos contratos de créditos bancários.

4.3.1. O princípio da transparência e sua relação com o sujeito aderente idoso e analfabeto

O princípio da transparência nas relações de consumo impõe ao fornecedor o dever de informar, previamente, o consumidor sobre o produto ou serviço que esse está adquirindo.⁴⁷⁴ Logo em seu artigo 4º, o Código de Defesa do Consumidor traz que a Política

⁴⁷³De acordo com Vicente Ráo: “Por uma suposta felicidade coletiva, política, social, ou econômica, não se deve pagar o preço do aviltamento do homem, da supressão total, ou totalitária, de sua liberdade espiritual, intelectual, cívica e econômica, o preço, isto é, da destruição de sua personalidade”. (RÁO, op.cit., p. 18).

⁴⁷⁴ Raquel Luquin Bergareche enfatiza esse dever de transparência, o qual deve estar presente tanto na fase précontratual como na fase contratual: “[...] tanto en la fase precontractual como en la contractual, garantías de transparencia de los derechos y deberes de las partes en los contratos suscritos com estas entidades, en especial el deber de información precontractual y contractual de consumidores que son ajenos a los conocimientos técnico-financieros propios de los contratos bancarios, a fin de que el cliente pueda formarse un consentimiento suficientemente formado”. (BERGARECHE, op.cit., p. 115 e 116). Por sua vez, Giuseppe Carriero traz dois elementos que devem integrar a transparência das condições contratuais do crédito ao consumidor: “[...] a) un’indicazione del tasso annuo effettivo globale espresso in percentuale; b) un’indicazione delle condizioni secondo le quali il tasso annuo effettivo globale può essere modificato. Nell’ipotesi in cui non risulti possibile indicare il TAEG espresso in percentuale, dovranno essere fornite al consumatore adeguate informazioni per iscritto, le quali devono almeno ricomprendere le indicazioni obbligatorie in tema di concessione di credito sotto forma di anticipi di conta corrente”. (CARRIERO, Giuseppe. **Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone**. v. XXXI. Autonomia privata e disciplina del mercato il credito al consumo. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 43). Na mesma linha defende Erminia Cesario: “L’informazione corretta e completa del consumatore rappresenta infatti l’único vero modo per rendere il processo decisionale dell’individuo libero e consapevole, e l’obiettivo della trasparenza, sembra rappresentare il *leit motiv* della disciplina del credito al consumo”. (CESARIO,

Nacional das Relações de Consumo deve promover a transparência das relações de consumo.⁴⁷⁵

O dever de informação, consectário do princípio da transparência, é o mais amplo possível e traz diversos deveres como a necessidade de que o contrato seja redigido de forma clara e sem expressões de difícil entendimento, conforme determina o artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷⁶ O destaque de cláusulas que impliquem limitação de direitos ao consumidor, o uso de termos claros, o tamanho da fonte não inferior ao corpo doze para redação dos contratos de adesão são obrigações trazidas pela regra do artigo 54, §3º e 4º,⁴⁷⁷ derivadas do princípio da transparência, pois implicam diretamente numa facilitação da compreensão das cláusulas contratuais pelo consumidor.

O conteúdo do princípio da transparência é determinado pelas regras dos artigos 46, 52 e 54 do Código de Defesa do Consumidor. Mas isso não quer dizer que não possa ser ampliado de modo a abranger outras formas de conduta. O importante é conceber esse princípio como o dever do fornecedor em agir com lealdade e a necessidade de informar o consumidor de forma clara e precisa, deixando os termos do negócio jurídico bem esclarecido de forma a não confundir o consumidor ou omitir aspecto importante do contrato.

Falar em lealdade e necessidade de informação clara e precisa remonta ao princípio da boa-fé objetiva. Em razão da aproximação entre esses princípios é que se afirma serem os princípios da transparência e da informação corolários do princípio da boa-fé

Erminia. I sistemi di informazioni creditizie e la tutela del consumatore. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 89). Leonardo de Medeiros Garcia elucida o conteúdo do princípio da transparência: “Segundo o princípio da transparência, a relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou serviço a ser prestado. Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pré-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos”. (GARCIA, op.cit., p.32). Silvio Luís Ferreira da Rocha traz o dever de informar como derivado do princípio da boa-fé e não da transparência. Para esse autor, o dever de informar abrange a obrigação de esclarecer, mas também de aconselhar. (ROCHA, op.cit., p. 519-520).

⁴⁷⁵ Artigo 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁷⁶ Artigo 46. “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁷⁷ Artigo 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. §3º “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. (Redação dada pela nº11.785, de 2008) §4º “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2011).

objetiva.⁴⁷⁸ Geralmente, os julgados atrelam os princípios da boa-fé e da transparência, quando se referem a vícios de informação acerca de produtos ou serviços. Como se pode constatar no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Agravo em Recurso Especial 2012/0245878-1, cujo relator foi o Ministro Herman Benjamin, constitui ofensa aos princípios da transparência, mas também da boa-fé a venda de cerveja Kronenbier, classificando-a como sem álcool com essa informação destacada no rótulo e, ao mesmo tempo, em letras minúsculas, constar que o percentual alcoólico era inferior a 0.5%.⁴⁷⁹

O artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor traz uma regra impositiva de deveres ao fornecedor, específica para as concessões de financiamento ao consumidor, a qual se caracteriza como manifestação do princípio da transparência. Exige que o consumidor seja informado sobre o preço em moeda nacional, os juros de mora, a taxa anual de juros, os acréscimos legais, o número total das prestações e periodicidade, bem como o total a pagar pelo valor tomado em financiamento.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ “Para se buscar o verdadeiro equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, alguns princípios se fazem presente e, sucintamente, merecem ser analisados. São eles, principalmente, o princípio da informação e o princípio da transparência, verdadeiros corolários do princípio da boa-fé objetiva”. (GARCIA, op.cit., p. 30). Giuseppe Carriero traz a transparência como um novo paradigma normativo: “Quello della trasparenza è invero paradigma normativo destinato – nella più recente evoluzione dell’ordinamento – a permeare, in guisa di critério valutativo, l’intera dinâmica dei contratti seriali o di massa”. (CARRIERO, op.cit., p. 205).

⁴⁷⁹ Processo AgRg nos EDcl no AREsp 259903/SP AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0245878-1 Relator. Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador. T2 – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento. 26/08/2014. Data da Publicação/ Fonte. DJe 25/09/2014. Ementa. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. DIREITO À INFORMAÇÃO. ARTIGOS 6º, 31 E 37 DO CDC. CERVEJA QUE UTILIZA A EXPRESSÃO "SEM ÁLCOOL" NO RÓTULO DO PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE. BEBIDA QUE APRESENTA TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A 0,5% POR VOLUME. MULTA. PROCON. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 6º DA LICC. NATUREZA CONSTITUCIONAL. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou que a Ambev "foi atuada em 29 de junho de 2001 porque, como constatado, estava expondo a venda a cerveja Kronenbier, classificando-a como sem álcool, sem assegurara informações corretas sobre o teor alcoólico na composição do produto, infringindo o disposto no artigo 31 da Lei nº8.078/90". Afirma ainda que "é manifesta a confusão do consumidor ao se deparar com a expressão 'sem álcool' em destaque no rótulo da cerveja e a advertência do teor alcoólico menor que 0,5% em letras minúsculas" (fls. 478-479). 2. Cumpre ressaltar que um dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no artigo 5º, XIV, da Constituição de 1988, é "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço" (artigo 6º, III, do CDC). 3. Por expressa disposição legal, só respeitam os princípios da transparência e da boa-fé objetiva as informações que sejam corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características de produtos ou serviços, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores, sendo proibida a publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor (artigos 31 e 37 do CDC). Precedentes do STJ. 4. No que tange à pretensão da empresa de ver anulada a sanção imposta pelo Procon ou reduzido o seu valor, esta Segunda Turma entendeu ser inviável analisar as teses defendidas no Recurso Especial, porquanto isso demanda reexame de fatos e provas constantes dos autos, a fim de afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, o que esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ. 5. Por fim, ressalto que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada –, apesar de previstos em norma infraconstitucional, não podem ser analisados em Recurso Especial, se o enfoque que a eles se der no Acórdão recorrido for de natureza estritamente constitucional (artigo 5º, XXXVI, da CF/1988). 6. A Ambev reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando argumento novo. 7. Agravos Regimentais não providos.

⁴⁸⁰ Artigo 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

As decisões, em casos concretos, vêm demonstrando também que alterações nos contratos devem ser informadas ao consumidor e que essas devem abranger a totalidade dos aspectos, sob pena de ofensa do princípio da transparência.⁴⁸¹

A grande dificuldade consiste em efetivar o princípio da transparência diante de um consumidor que não compreende o teor das cláusulas contratuais, pois não é suficiente escrever as cláusulas com fonte 12 se o contratante não sabe ler o que está escrito, tampouco compreender conceitos técnicos existentes nos contratos. Possibilitar ao aderente idoso e analfabeto a efetivação do princípio sem que o mesmo seja assistido, no momento da pactuação, é tarefa praticamente impossível, o que torna esse princípio com baixa eficácia justamente em relação a essas pessoas com acentuada vulnerabilidade.

O dever de informar recái, na legislação brasileira, para o fornecedor e em relação ao contrato de crédito bancário é imposto ao prestamista ou prestador. Entretanto, o que se nota é a pouca eficácia da prestação dessa informação pelo fornecedor, a qual vem se mostrando ineficaz ao que se propõe.⁴⁸² Com esse trabalho, busca-se garantir que esse

legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V – soma total a pagar, com e sem financiamento”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2011).

⁴⁸¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 16.030.007.740. Rel. FABIO CLEM DE OLIVEIRA. Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Data do Julgamento: 10/04/2012. APELANTES/ APELADOS: LUIS CARLOS MERÇON DE VARGAS e BANCO DO BRASIL S/A. RELATOR: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA. EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS – CONSUMIDOR – NOVAÇÃO – OBSCURIDADE – REDUÇÃO DO LIMITE DE CRÉDITO – DANOS MORAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSOS CONHECIDOS E NEGADOS PROVIMENTO. 1. A correspondência enviada ao autor e cláusula do contrato de novação demonstram que estava o autor ciente de que estava extinguindo as obrigações anteriormente assumidas perante o Banco, por meio de um novo empréstimo, com taxas e prazo mais favoráveis. 2. *Todavia, não há prova alguma nos autos de que antes da efetivação dessa novação foi o cliente devidamente informado de que teria seu cheque especial cancelado e o seu cartão de crédito bloqueado, não observando a instituição financeira o princípio da transparência.* 3. Não foi negado ao cliente novos limites de crédito, bastando que o mesmo atualizasse seus dados cadastrais e apresentasse comprovantes de renda recentes para que os novos limites fossem recalculados. 4. Não tem o consumidor o direito subjetivo de obter novos limites ou ver restabelecidos os anteriormente existentes sem aprovação da instituição financeira, segundo seus critérios de riscos, garantias e comprovação de renda. 5. Independentemente da efetivação da novação, o banco poderia, a qualquer tempo, verificada a situação de inadimplência do cliente ou de sua incapacidade econômica para quitar os compromissos assumidos, reduzir seus limites de crédito. 6. Fixação dos honorários advocatícios que atende à apreciação equitativa do artigo 20, §3º, CPC. 7. Recursos conhecidos e desprovidos. (Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm. Acesso em: 24 jan.2016 – grifos nossos). BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1413488-8 (Decisão Monocrática). Rel. Luiz Henrique Miranda. Processo: 1413488-8 Fonte: DJ: 1634. Data Publicação: 24/08/2015. Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível. Data Julgamento: 17/08/2015. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. 1. Limitação de juros. A troca da taxa de juros só é admissível em três situações: a) quando o instrumento contratual não constar dos autos; b) quando, no instrumento contratual, não houver indicação de taxa de juros; c) quando a taxa de juros praticada em concreto for abusiva. Como, no caso, um dos instrumentos contratuais não foi juntado aos autos, tendo sido aplicado o disposto no artigo 359 do CPC, os juros remuneratórios devem ser limitados à taxa média de mercado vigente no momento da contratação. 2. Capitalização de juros. A capitalização composta de juros remuneratórios nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional exige simultaneamente autorização legal e previsão em contrato. Ausente um desses requisitos, a prática é ilegal. 3. Recurso ao qual se nega seguimento por decisão monocrática. (Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁸² Erminia Cesario esclarece que o consumidor continua desprotegido em relação aos requisitos informativos presentes na fase pré-contratual: “il consumatore rimane però privo di tutela, relativamente agli obblighi informativi inerenti la fondamentale fase pre-contrattuale, ovvero la fase in cui la parte deve acquisire gli elementi salienti che faranno maturare l'eventuale richiesta di credito al consumo all'ente finanziatore”. (CESARIO, op.cit., p. 87).

esclarecimento realmente ocorra e que os consumidores idosos e analfabetos realizem os contratos de crédito bancário sabedores de seus deveres e direitos. Enfatize-se que somente o consumidor bem informado é capaz de realizar uma comparação entre as diversas ofertas existentes no mercado, segundo Raquel Luquin Bergareche.⁴⁸³

4.3.2. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos de empréstimo pactuados com idosos e analfabetos

Com a Constituição de 1988, o princípio da boa-fé objetiva ganha fôlego⁴⁸⁴, mas antes disso passava despercebido das relações contratuais. Atualmente, o Código de Defesa do Consumidor, em diversos dispositivos, aponta a necessidade de lealdade e respeito nas relações entre fornecedores e consumidores e prevê expressamente a boa-fé objetiva.⁴⁸⁵

A boa-fé objetiva tem desempenhado três funções no sistema jurídico. Sua primeira função é como paradigma de interpretação de outros princípios ou mesmo de regras jurídicas e contratuais. Outra missão do princípio é de controle, por meio da qual a boa-fé objetiva impede o abuso de direito de uma das partes. Essa função de controle é chamada por Carlos Roberto Gonçalves de limitadora.⁴⁸⁶ Por fim, esse princípio tem a incumbência de criar deveres anexos⁴⁸⁷. Por ser de conteúdo indefinido⁴⁸⁸ e bastante amplo, abrange os

⁴⁸³ BERGARECHE, op.cit., p. 101.

⁴⁸⁴ Rogério Ferraz Donnini entende que o fundamento da boa-fé objetiva está no princípio da dignidade da pessoa humana de previsão Constitucional. Segundo o autor: “Portanto, não mais se admite um contrato sem que prevaleça sua concepção social (CC, artigo 421), ao abrigo da idéia de comutatividade e boa-fé objetiva (CC, artigo 422, e CDC, artigo 51, §1º), que são decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Em sendo assim, a função social do contrato serve de fundamento para que efetive entre os contratantes um equilíbrio, uma relação equânime, sob pena de ser revista a avença”. (DONNINI, op.cit., 2004, p.45-47).

⁴⁸⁵ Artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº9.008, de 21.3.1995) [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2016). Artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor: “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”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 jan.2016).

⁴⁸⁶ GONÇALVES, op.cit., p.60.

⁴⁸⁷ Conclui Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: “A boa-fé subjetiva não é um princípio, mas, sim, um estado psíquico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência”. (GURGEL, op.cit., p. 94). Para Caio Mário da Silva Pereira: “Nesse sentido, a boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos anexos ao dever da prestação principal, já que exigem que as partes atuem de modo a garantir obtenção, por ambas, do resultado útil programado. Mesmo no silêncio do contrato, ou até contra sua disposição expressa, o sujeito deve colaborar com a outra parte, fazendo o que estiver ao seu alcance para que eles obtenham o resultado previsto no contrato, desde que, evidentemente, isso não importe em sacrifício de interesses legítimos próprios”. (PEREIRA, op.cit., 2015, p.20).

⁴⁸⁸ “A boa-fé surge, agora, como algo de exterior ao sujeito, que se lhe impõe. É a boa fé objectiva, que a lei nunca define”. (CORDEIRO, op.cit., p.18).

deveres de correção, cuidado, informação, segurança e cooperação.⁴⁸⁹ Com essa última função assume um papel de integração no sistema jurídico.

Ao se entender a boa-fé objetiva como um *standard*⁴⁹⁰ ético jurídico ela assume um papel interpretativo dos princípios, regras jurídicas e contratos bastante importante, pois traz para o Direito princípios éticos, jurisdicizando a lealdade, a confiança e a correção.⁴⁹¹ No sistema jurídico, exalta-se a confiança, o que não impede que em outros momentos ela seja desprestigiada, no caso concreto, em razão de outros princípios e/ou regras que o legislador considerar mais importante, a exemplo do artigo 1.969 do Código Civil brasileiro.

Fica claro, pois, que a boa-fé objetiva tem uma carga de subjetivismo enorme, sendo o seu conceito diuturnamente preenchido pela criação humana frente aos casos concretos.⁴⁹² Por conseguinte, o seu conteúdo recebe a marca da historicidade, ora caracterizado como cláusula geral ora assumindo a função de conceito jurídico indeterminado, mas em ambas as hipóteses balizada por um juízo ético.

Para se atingir o conceito de boa-fé objetiva é preciso compreender que o seu conceito não fica restrito à ausência de má-fé.⁴⁹³ Vai muito além disso, pois enuncia uma pauta de deveres esperados dos contratantes a fim de que fornecedor e consumidor se pautem com lealdade e confiança de modo a adimplir o contrato e concretizar a segurança jurídica e

⁴⁸⁹ Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel denomina de função integrativa ou supletiva a criação de deveres anexos pelo princípio da boa-fé objetiva. (GURGEL, op.cit., p. 118). Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Ao lado da criação de deveres anexos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas), a boa-fé objetiva ostenta função interpretativa dos negócios jurídicos, e função limitadora do exercício de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)”. (PEREIRA, op.cit., 2015, p.20).

⁴⁹⁰ O autor português Pedro Pais de Vasconcelos confirma esse caráter de *standard* da boa-fé objetiva e afirma: “A boa-fé surge aqui como portadora de critérios de actuação honesta e honrada, como padrão ou *standard* jurídico”. (VASCONCELOS, op.cit., 2005, p.22).

⁴⁹¹ Pontua Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel que: “Por sua vez, a boa-fé objetiva se caracteriza por ser uma regra de conduta externa, um dever das partes em se pautar pela honestidades, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas”. (GURGEL, op.cit., p. 94). Segue esse entendimento, Luiza Checchia Stuart: “O princípio da boa-fé impõe que os contratantes deverão exercer a faculdade de contratar com probidade e honradez, observando a interidade de caráter, mantendo o equilíbrio e a justiça na avença. A transparência e a clareza das cláusulas são requisitos necessários para a configuração da boa-fé objetiva”. (STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo.** (Coords.) DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. São Paulo, SP, ano 5, n.19, p.193-212, jul.-set.2013, p.198).

⁴⁹² Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro enfatiza esse componente cultural da boa-fé, fruto da criação humana: “A natureza juscultural da boa-fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisperitos romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros”. (CORDEIRO, op.cit., p.18).

⁴⁹³ Nessa mesma linha de entendimento pontua Pedro Pais de Vasconcelos: “Nessa perspectiva a questão já não se centra sobre o conhecimento ou desconhecimento, por parte do agente, de com a sua actuação lesar interesses de outrem, mas sim de aferir da conformidade ou desconformidade da sua acção com os padrões vigentes de decência de acção”. (VASCONCELOS, op.cit., 2005, p.22).

o ideal de paridade e justiça. Essa pauta de deveres não vem expressa em um rol taxativo e, por esta razão, a boa-fé objetiva escapa a uma compreensão clássica, pois além de não comportar aplicação e interpretação pela subsunção, o seu conteúdo não vem declinado em lei.⁴⁹⁴ Dessa maneira, a integração do princípio da boa-fé objetiva será realizada por meio das decisões judiciais e das análises dos casos concretos.

Em verdade, a exigência de pautar-se com boa-fé, ou seja, com honestidade, lealdade e correção é importante para aqueles que participam da relação jurídica, mas não só; até porque a ausência dessas qualidades impõe a toda a comunidade um dano social de perspectiva imensurável.⁴⁹⁵

*Suppressio*⁴⁹⁶, *surrectio* e *tu quoque* são institutos cuja finalidade é promover a função integrativa da boa-fé objetiva além de constituírem limites aos direitos subjetivos.

497

⁴⁹⁴ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro chega a afirmar que sua interpretação clássica não conduz a nada. (CORDEIRO, op.cit., p.42-43). Com clareza expõe: “A boa fé objectiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. Torna-se, nessa medida, impraticável locubrar sobre os textos que a consagram. O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma investigação sobre a boa-fé”. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro chega a afirmar que sua interpretação clássica não conduz a nada. (Ibid., p.43).

⁴⁹⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. *Bona fides: do direito material ao processual*. **Revista de Processo nº 251**, São Paulo: RT, jan.2016, p.113.

⁴⁹⁶ A Ministra Nancy Andrigui enfatizou no REsp 1202514/RS que uma vez sendo dispensada a correção monetária não pode posteriormente exigi-los retroativamente: “RECURSO ESPECIAL 2010/0123990-7. Ministra NANCY ANDRIGHI. T3 – TERCEIRA TURMA. 21/06/2011. CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes. 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada à natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. 4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (I) instrumento hermenêutico; (II) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (III) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: *tu quoque*, venire contra factum proprium, *surrectio* e *supressio*. 5. A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. 6. Recurso especial a que se nega provimento”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 20 jan.2016.

⁴⁹⁷ Para Carlos Roberto Gonçalves *Suppressio, surrectio e tu quoque* são institutos cuja finalidade é promover a função integrativa da boa-fé objetiva. (GONÇALVES, op.cit., p.61). Já a Ministra Nancy Andrigui no REsp 953389/SP, julgado em 23/02/2010, defende que preenchem a função de limite de direitos subjetivos: “O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (I) a de regra de interpretação; (II) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (III) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios (*tu quoque*; vedação ao comportamento contraditório; *surrectio*; *supressio*). – O instituto da *supressio* indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo. [...]”.

Pela *supressio*, o direito não se extingue, mas não poderá mais ser exercido se não o foi quando deveria. O que se verificou é que a ausência de seu exercício gera em outra pessoa a legítima expectativa de não mais sê-lo.⁴⁹⁸ Por sua vez, a *surrectio* faz nascer o direito subjetivo e a possibilidade do mesmo ser exigido, através da prática reiterada de um mesmo ato. O *tu quoque* impede a parte que violou uma regra exigir da outra o comportamento nela previsto.

Exemplo interessante no qual se pode constatar esse caráter de controle dos atos abusivos desempenhado pela boa-fé objetiva encontra-se no acórdão que obrigou a seguradora a pagar o prêmio ao segurado e arcar com os danos em veículo furtado e acidentado. Nessa hipótese concreta, o veículo foi furtado fora da garagem, à noite, em frente à casa da namorada do segurado, mesmo em seu perfil constando que o carro ficaria estacionado à noite na garagem de sua residência. Concluiu o relator que nesse caso a boa-fé objetiva impede conduta abusiva do segurador em não pagar o prêmio ao segurado.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Interessante a distinção realizada por Carlos Roberto Gonçalves entre prescrição e *supressio*: “Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível, segundo o princípio da boa-fé”. (GONÇALVES, op.cit., p.62). Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça em REsp que não penalizou o promitente vendedor, em razão da demora no ajuizamento de ação de reintegração de posse pelo credor. Para o tribunal, o retardo da defesa do credor do seu patrimônio em juízo provocou o agravamento de suas perdas, e por isso elas não devem ser imputadas ao devedor. STJ. PROMESSA. COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE. Trata-se de REsp em que se discute se o promitente vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem deu-se por culpa do credor, em razão de ele não ter observado o princípio da boa-fé objetiva. Na hipótese dos autos, o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em 9/2001. Contudo, o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17/10/2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. O tribunal *a quo* assentou que, não obstante o direito do promitente vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição (período compreendido entre a data do início do inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente. A Turma entendeu não haver qualquer ilegalidade a ser reparada, visto que a recorrente descuidou-se de seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de deixar o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que ele cumprisse seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, porque o não exercício do direito de modo ágil fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais. Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária. REsp 758.518-PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), j.17-6-2010.

⁴⁹⁹ TJRS. Tipo de Processo: Recurso Cível Número: 71002990745. Tribunal: Turmas Recursais Comarca de Origem: Comarca de São Lourenço do Sul Seção: CIVEL Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Decisão: Acórdão Ementa: CONTRATO DE SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CLÁUSULA DE PERFIL PREVENDO O PERNOITE DO AUTOMÓVEL SEGURADO EM GARAGEM, CONDOMÍNIO FECHADO OU ESTACIONAMENTO PROTEGIDO. VEÍCULO FURTADO EM FRENTE À CASA DA NAMORADA DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA DE INEXATIDÃO OU MÁ-FÉ NA DECLARAÇÃO FEITA PELO SEGURADO. 1. Ainda que o seguro seja feito, estipulando-se o valor do prêmio com base nas características particulares do proponente, o fato de informar o segurado que dispõe de garagem ou estacionamento protegido para guardar seu veículo em situações normais, não exclui a possibilidade de poder deixá-lo eventualmente pernoitando na rua, como aconteceu na hipótese dos autos, pois tal importaria em restrição ao uso natural do bem, além do que desvirtuaria a finalidade econômica do contrato que é garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados. 2. Não se pode entender como agravamento de risco ou como violador da declaração de que o automóvel

A proibição do *venire contra factum proprium* constitui um dos aspectos da função limitadora desempenhada pelo princípio da boa-fé objetiva, pois impede o exercício de um comportamento contraditório a uma conduta já praticada.⁵⁰⁰ A razão de sua existência é, portanto, tutelar a confiança e reprimir os comportamentos incoerentes, já que violam expectativas legitimamente despertadas. O artigo 175 do Código Civil brasileiro representa bem esse viés de tutela da confiança despertado no legislador.⁵⁰¹

Interessante o exemplo trazido por Flávio Tartuce⁵⁰² de vedação ao comportamento contraditório, no qual o TJSP deixou de considerar rescindido o contrato na hipótese de administradora de cartão de crédito que costumeiramente aceitava o pagamento com atraso. Com a sua conduta, a administradora de cartão de crédito despertou no consumidor a confiança de que iria receber o pagamento em atraso.⁵⁰³

O comportamento contraditório é abusivo, pois o indivíduo faz nascer, com a sua conduta, uma confiança legítima na outra parte e depois pratica um ato posterior contraditório ao inicial.⁵⁰⁴ O que o sistema jurídico visa é impedir a lesão à parte, na medida em que a confiança despertada pode gerar despesas e expectativas legítimas frustradas.⁵⁰⁵

segurado normalmente pernoitava em garagem o fato de ter o segurado deixado seu veículo estacionado em frente à casa de sua namorada, pretendendo que o mesmo fosse levado por parente seu para revisão, o que acabou não ocorrendo, enquanto viajava por uma semana de férias. Tendo o veículo sido furtado e posteriormente danificado em acidente de trânsito provocado por terceiro, a reparação de tais danos está coberta pelo contrato de seguro. 3. Na teoria contratual, a boa-fé objetiva desempenha, fundamentalmente, três funções, a saber: a primeira, a função interpretativa de que as cláusulas contratuais sejam cumpridas levando em conta a legítima expectativa dos contratantes; a segunda, a função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e a terceira, a criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal. Assim, não há como admitir, a partir da segunda função do princípio da boa-fé que veda ou limita o abuso de posição jurídica, condutas como a da ré de procurar abusivamente o exercício abusivo de direito, pois violador da finalidade precípua do contrato. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível nº71002990745, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30/06/2011). Data de J.30-06-2011. Diário da Justiça: 04-07-2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 07 jan.2016.

⁵⁰⁰ GONÇALVES, op.cit., p.60.

⁵⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.91.

Brasil. Código Civil. Artigo 175 “A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”.

⁵⁰² TARTUCE, op.cit., p.111.

⁵⁰³ TJSP. Apelação Com Revisão 7168905900. 22ª Câmara de Direito Privado – Rel.Gastão Toledo de Campos Mello Filho – 02/09/2009. Ementa: CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – Prestação de serviços – Cartão de crédito – Financiamento para renegociação de dívida – Pagamento em atraso das últimas parcelas – Recusa no recebimento – Descabimento – Negativa injustificada – Ofensa ao princípio da confiança – Recebimento anterior de prestações vencidas, autorizou o devedor a supor licitamente que a renegociação não seria rescindida unilateralmente por tal motivo – Procedência mantida – Recurso improvido.

⁵⁰⁴ “Não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial [...] Também se exclui, em regra, a legitimidade da confiança diante de comprovada má-fé por parte daquele que invoca a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório”. (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.136).

⁵⁰⁵ “Com efeito, ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social [...]”. (Ibid., p.89-90).

Questão intrigante pode surgir em relação ao *venire contra factum proprium* (vedação ao comportamento contraditório) e sua aplicação ao consumidor idoso e analfabeto. A boa-fé contratual é aplicada tanto para o fornecedor como ao consumidor. Assim, quando o consumidor aceita as cláusulas de juros impostas pela instituição financeira e os mesmos são fixados nos contratos, a alegação de cobrança abusiva pelo consumidor pode não ser acolhida justamente em razão da vedação ao comportamento contraditório, como ocorreu na Apelação Cível 0426948-3 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.⁵⁰⁶ Entendeu-se que o consumidor tomou conhecimento dos valores dos juros remuneratórios e os aceitou, sendo-lhe vedado, posteriormente, assumir um comportamento em contradição ao manifestado na fase de aceitação do contrato.

Ocorre que, na maioria das vezes, o consumidor idoso e analfabeto sequer tomou conhecimento dessas cláusulas e, em outros casos, não consegue discernir se a sua situação financeira permite ou não a realização do empréstimo; é algo além da simples leitura das cláusulas do contrato.⁵⁰⁷ Desse modo, a vedação ao comportamento contraditório não

⁵⁰⁶ TJ-PR – Apelação Cível AC 4269483 PR 0426948-3 (TJ-PR) Data de publicação: 24-10-2007 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE. CRÉDITO FIXO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. INÉPCIA DA INICIAL EXECUTIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ATUALIZADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. "NULLA EXECUTIO SINE TITULO". CONTRATO BANCÁRIO. ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. DISCUSSÃO. DECISÃO. FASE SANEADORA. MATÉRIA PRECLUSA. REAPRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ABUSIVIDADE. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DESCARACTERIZADA. JUROS PRÉ-FIXADOS. CONCORDÂNCIA. DISCUSSÃO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DE JUROS. ARTIGO 192, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. LEI DE USURA. INAPLICABILIDADE. SÚMULAS Nº648 E 596 DO STF. FINANCIAMENTO POR PARCELAS FIXAS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IRRELEVÂNCIA. CÁLCULO DOS JUROS NO MOMENTO DA FORMULAÇÃO DA PROPOSTA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. ACEITAÇÃO DO CONSUMIDOR A PREÇO CERTO E DETERMINADO. LEGALIDADE. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". BOA-FÉ CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. APRECIÇÃO EQUITATIVA. REFORMA DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA. Recurso de apelação 1 desprovido. Recurso de apelação adesiva provido. 1. Preclusão Consumativa. Conforme decisão saneadora, prolatada em Audiência de Conciliação e Saneamento (fls.121), as questões que os embargantes trazem à baila já foram alvo de apreciação nos autos, portanto, se a parte interessada não impugnou a decisão através de recurso cabível em momento oportuno, resta preclusa a análise das matérias, sendo vedada nova apreciação, nos termos do artigo 473 do Código de Processo Civil. 2. Excesso de execução. Tratando-se de juros remuneratórios pré-fixados contratualmente, a alegação de cobrança abusiva não merece guarida. Os apelantes tinham pleno conhecimento da taxa a ser aplicada pela instituição financeira, bem como o valor final agregado através dos encargos a ser desembolsado a título de empréstimo. Se por ocasião de sua utilização concordou integralmente com as cláusulas estipuladas.

⁵⁰⁷ A Secretaria de Direitos Humanos editou cartilha na qual enuncia os diversos direitos dos idosos e salienta a necessidade de consultar um Defensor Público, nos casos do idoso sentir dúvida quanto a realização do empréstimo, bem como analisar se a parcela cabe em seu orçamento: “ = Ao fazer um empréstimo, peça uma cópia do contrato para a empresa ou banco; = Nunca assinie qualquer documento sem antes lê-lo atentamente; se tiver dificuldades em compreender os termos do contrato, consulte um Defensor Público antes de assiná-lo; = Prefira fazer este tipo de empréstimo diretamente no banco ou instituição que oferece o serviço. Evite fechar o negócio com agentes que ficam na rua ou aparecem na sua casa; = Nunca entregue seu cartão do banco ou do benefício do INSS ou informe sua senha para pessoas desconhecidas ou que não sejam de sua confiança. *Atenção! Antes de fazer um empréstimo, analise com cuidado se a parcela irá caber no seu orçamento. Faça uma lista de todas as suas despesas fixas (aquelas que existem todos os meses, como água, luz, telefone, aluguel etc.) e das despesas variáveis (um valor extra para o caso de doença ou outra emergência). Se, somados todos os valores, ainda sobrar o dinheiro da parcela, então o empréstimo pode ser um bom negócio. Mas se a parcela for maior do que a sobra do salário, benefício ou aposentadoria, pense bem se o que parece um bom negócio hoje não irá virar uma*

pode ser aplicada ao idoso analfabeto, quando se encontrar sem assistência. Esse consumidor é inapto para realizar qualquer análise acerca das cláusulas contratuais, pois lhe falta habilidade de leitura ou mesmo de compreensão e decodificação do que está escrito.

4.3.3. Os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade ou do consensualismo e a necessidade de assistência ao contratante idoso e analfabeto

O Estado absolutista, cujo foco estava na proteção do indivíduo burguês, foi responsável pelo desenvolvimento do dogma da autonomia da vontade, cujo reflexo da ampla liberdade contratual foi uma das suas mais importantes facetas.⁵⁰⁸

O Estado liberal, concebido sob a forma não interventiva, permitia a livre atuação dos indivíduos e a ampla concreção da ideia de autonomia da vontade⁵⁰⁹, poder de escolher livremente a prática ou não de determinados atos, funcionando o Direito de forma apenas supletiva. Essa concepção favoreceu o surgimento e o desenvolvimento da concepção da liberdade contratual, a qual implicava na permissão da parte escolher com quem desejava contratar, bem como definir o tipo do contrato e o seu conteúdo.⁵¹⁰

Com o aparecimento do Estado Social e a constatação de que a ampla liberdade dos indivíduos no exercício de relações contratuais não concretizava o ideal de justiça, a autonomia privada⁵¹¹ passa a ser restringida pela ideia de dirigismo contratual, visando promover o equilíbrio contratual.

Do mesmo modo, percebe-se que após o fortalecimento das ideias liberais e a subsequente percepção de que a abstenção do Estado passou a ser fonte de desigualdades,

dívida amanhã". (Grifos nossos) (Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/pessoa-idosa/publicacoes-2009/pdfs/cartilha-defensor-amigo-do-idoso>. Acesso em: 25 jan.2016).

⁵⁰⁸ Cláudia Lima Marques afirma que os principais reflexos da autonomia da vontade no direito privado foram: "o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes". (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6.ed. São Paulo: RT, 2011, p.66-69). Esses três aspectos da autonomia da vontade também são ressaltados por Silvio Luís Ferreira da Rocha. (ROCHA, op.cit., p. 514).

⁵⁰⁹ FACHIN, op.cit., 2013, p. 71. Maria Helena Diniz conceitua o princípio da autonomia da vontade como "o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica". (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40-41).

⁵¹⁰ LÔBO, op.cit., 2013, p.165. Segundo Caio Mário da Silva Pereira essa liberdade de contratar abrange primeiramente o arbítrio de decidir, a escolha de com quem contratar, o poder de fixar o conteúdo do contrato e, finalmente, autoriza qualquer das partes a exigir do Estado que assegure a execução do contrato, seguindo a vontade que deu origem ao contrato. (PEREIRA, op.cit., 2015, p.21-23).

⁵¹¹ Destaca-se a distinção destacada por Érico de Pina Cabral: "[...] pode-se resumir a diferença afirmando que a autonomia da vontade se relaciona com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio)". (CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, 19(5)83-129, jul.-set., 2000, p.111). Itamar Gaino afirma: "O exercício da autonomia privada equivale à liberdade de contratar, ou seja, à liberdade de criar tais normas jurídicas primárias por meio do contrato". (GAINO, op.cit., p. 130).

passa-se a pregar a ideia de um Estado intervencionista, com maior prestígio aos direitos sociais.⁵¹²

Atualmente, há grande limitação da liberdade de contratar, pois suas três abordagens foram restringidas: conteúdo, forma e partes do contrato. Assim, não há mais ampla liberdade em escolher o contratante, nem a forma do contrato, tampouco o seu conteúdo.⁵¹³

Nos setores de fornecimento de serviços públicos é evidente a restrição do princípio da liberdade de contratar⁵¹⁴, pois o fornecedor não pode escolher com quem deseja contratar e até mesmo a interrupção do serviço pela falta de pagamento do consumidor é proibida; o fornecedor tem a obrigação de manter o contrato mesmo ante ao inadimplemento.

Os tipos de contrato bem como as regras e o conteúdo a eles aplicáveis também são limitados pela lei quando esta traz contratos típicos que serão usados a determinados negócios jurídicos, bem como quando impõem qualquer parte do seu conteúdo.

Outro exemplo de que a liberdade de contratar vem sendo mitigada, inclusive por decisões reiteradas dos tribunais⁵¹⁵, é a limitação dos descontos ao percentual de 30%,

⁵¹² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr., 2001, p.135.

⁵¹³ Hamilton Donizeti Ramos Fernandez ressalta que “a teoria contratual precisa ser enriquecida e oxigenada com valores axiológicos que possam atuar em nome do interesse coletivo, na busca do ideal de justiça que não pode ser alcançado, apenas, com os princípios liberais clássicos”. (FERNANDEZ, op.cit., p.51).

⁵¹⁴ LÓBO, op.cit., 2013, p.165.

⁵¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo AREsp 655275. Data da Publicação 01/07/2015. Decisão AGRADO EM RECURSO ESPECIAL nº655275 – RJ (2015/0014427-6). RELATOR: MIN. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO). AGRAVANTE: BANCO SANTANDER BRASIL S/A. ADVOGADOS: PAULO ROBERTO TEIXEIRA TRINO JÚNIOR.; OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO (S). AGRAVADO: JOSÉ PADRE DE OLIVEIRA. ADVOGADO: JOSÉ CARLOS GUIMARÃES PIMENTA. DECISÃO: Trata-se de agravo em face de recurso especial com fundamento no artigo 105, III, a, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: AGRADO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. EMPRÉSTIMO. DESCONTOS. LIMITAÇÃO A 30% DO SALÁRIO DO DEVEDOR. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. APLICABILIDADE DAS SÚMULAS 295 E 59 DO TJERJ. PRECEDENTE DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.DESPROVIMENTO DO RECURSO. As razões do recurso especial dizem violados os artigos 186, 187 e 188 do CC, sob o argumento de que deve ser "afastado o limite dos descontos em conta da parte Agravada ao máximo de 30% de seus proventos". II. O Tribunal de origem decidiu à base da seguinte fundamentação; não merece provimento o recurso e para submetê-lo ao Colegiado, reproduzo a decisão monocrática recorrida: Ademais, a limitação de descontos decorrentes de empréstimos consignados em folha de pagamento ao percentual de 30% do salário do devedor está consolidada por este E. Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 295 do TJRJ, in verbis: [...] "Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor." Registre-se que o entendimento deste Tribunal está em consonância com o entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Diante do exposto e ausente qualquer argumento capaz de infirmar a decisão de que se trata, voto pelo desprovimento do recurso. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado pelo STJ no sentido de que eventuais descontos em folha de pagamento, relativos a empréstimos consignados realizados por servidor público, estão limitados a 30% (trinta por cento) da remuneração ou proventos. Sirvam de ilustração os seguintes precedentes: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS. A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador, ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade [...]

relativo à contratação de empréstimo. Entende-se que obrigar-se a um percentual maior que esse pode atingir a própria sobrevivência digna do consumidor e sua família devendo o Estado intervir para impedir o superendividamento.

Dessa forma, o legislador passa a limitar a liberdade contratual das partes, através de regras com exigências consideradas necessárias⁵¹⁶, sobretudo quando em um dos polos da relação contratual verifica-se a presença de um sujeito com vulnerabilidade acentuada.

A interferência no conteúdo das cláusulas contratuais pode ocorrer de forma preventiva pelo Ministério Público, por meio do manejo dos termos de ajustamento de conduta e das recomendações, ou já no curso de uma demanda judicial, pelo magistrado, quando a atuação preventiva é mais rara de acontecer, mas não se pode dizer que ela não ocorre. Na verdade, na maior parte das vezes, quando o Poder Judiciário é chamado a intervir, o dano já ocorreu e a tutela que se busca é a reparatória ou a ressarcitória.

Por sua vez, o princípio do consensualismo ou da autonomia da vontade é aquele para o qual basta o acordo de vontade dos contratantes para a existência do contrato, salvo quando a lei exige alguma formalidade específica para o seu aperfeiçoamento.⁵¹⁷ Trata-se do encontro de vontades livres e contrapostas sem as quais o contrato não se forma.⁵¹⁸A

(AgRg no REsp 1.455.715/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 21/11/2014). PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. DESCONTOS LIMITADOS EM 30% DOS VENCIMENTOS. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES [...] 3. "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que eventuais descontos em folha de pagamento, relativos a empréstimos consignados tomados por servidor público, estão limitados a 30% (trinta por cento) do valor de sua remuneração." (AgRg no RMS 29.988/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014) [...] (AgRg no AREsp 482.985/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/9/2014). A alteração do entendimento, na moldura delineada, é inviável no recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial e manter na íntegra o acórdão recorrido. Intimem-se. Brasília, 26 de junho de 2015. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

⁵¹⁶ Pondera Fernanda Paula Diniz: "Desse modo, essa autonomia, denominada autonomia privada, proporciona ao indivíduo a possibilidade de tomar decisões, desde que respeitada a ordem legal. Ocorre que, em muitas vezes, tais dispositivos legais limitam sobremaneira o exercício da autonomia, como vem ocorrendo com os idosos. [...] Urge, destarte, a necessidade de compatibilização entre os 'direitos' assegurados aos idosos e o seu direito de autonomia". (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 97-98). "A liberdade contratual passou a ser restringida por preceitos e princípios constitucionais, segundo os quais o contrato não é mais um direito absoluto, tendo em vista sua subordinação à ordem pública. Foram estabelecidas normas para sancionar cláusulas abusivas, controlar informações entre os contratantes e impor formalidade que o legislador considera necessárias". (STUART, op.cit., p.203). Atente-se, nesse momento à observação de Christoph Türcke sobre o *Big Brother*: "À luz disso, o Big Brother dá a impressão de ser um palco de ensaio para jogos de gladiadores ainda imprevisíveis. Em todo caso, candidataram-se instantaneamente mais de 20 mil pessoas para esse palco. Entenda-se bem, de livre e espontânea vontade; uma vontade tão livre e espontânea quanto a das mariposas voando em torno da lâmpada. Ninguém as coage. De um ponto de vista puramente técnico, poderiam muito bem desviar sua rota de voo. A decisão é de cada um". (TÜRCKE, op.cit., p. 56-57).

⁵¹⁷ DONNINI, op.cit., 2004, p.44.

⁵¹⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.71-72. Esses autores chegam a afirmar que contrato sem vontade é tudo menos contrato. "Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato". (Ibid., p.72).

nota característica desse princípio é, portanto, a liberdade na manifestação da vontade no sentido de escolher com quem deseja contratar.⁵¹⁹ Luiz Edson Fachin chega a afirmar que as relações jurídicas, patrimoniais ou não, são formadas por ações humanas voluntárias, sendo essa a marca desse princípio.⁵²⁰

Esse princípio foi mitigado após a percepção de que era necessária a intervenção do Estado de modo a trazer o equilíbrio de forças às partes contratantes.⁵²¹ Essa mitigação do princípio da autonomia da vontade pode ocorrer por meio de normas de caráter público que limitem a manifestação de vontade do contratante.⁵²²

Percebeu-se, assim, que a autonomia da vontade cedeu à proteção ao hipossuficiente, com a finalidade de ajustar o desequilíbrio entre as partes contratantes, de modo a impedir abusos do contratante mais forte. Assim, se o princípio da autonomia da vontade e da liberdade em contratar cede em face da proteção do hipossuficiente, com mais razão ainda deve ser mitigado em face do hipervulnerável, como é o caso do consumidor idoso e analfabeto.

O contrato deixou de ser caracterizado apenas pela vontade pura dos contratantes e passou a conter uma soma de fatores determinados pela lei, cujo resultado foi o que se passou a denominar de dirigismo contratual. As cláusulas abusivas, cominadas de nulidade absoluta, pelo Código de Defesa do Consumidor são exemplos desse dirigismo contratual.⁵²³

Ademais, há um predomínio nos tempos atuais dos contratos de adesão, nos quais o elemento vontade fica bastante mitigado, mas não suprimido. Por essa razão, a maior

⁵¹⁹ “Sem dúvida que a substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada traz sérias consequências para o instituto negocial. Não se pode esquecer esse ponto quando se aponta a relativização do princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda.*)”. (TARTUCE, op.cit., p.59).

⁵²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.71.

⁵²¹ “A autonomia da vontade e o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, embora limitados e condicionados por normas de ordem pública em benefício do bem-estar comum”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – teoria geral – contratos**. IV, t.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73).

⁵²² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que se tornou necessária a existência de normas de caráter público que limitassem a manifestação de vontade dos contratantes de modo que se impedisse que a liberdade volitiva se transformasse em abuso. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – teoria geral – contratos**. IV, t.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.). Seguindo esse entendimento Hamilton Donizeti Ramos Fernandez: “Diante dessa nova visão acerca do princípio da autonomia da vontade e sua integração numa ordem social informada por valores éticos, sociais e solidários, surge o dirigismo contratual como forma de atenuação do individualismo, de correção dos desníveis de poder, e direcionamento normativo com escopo de reunir os melhores esforços na direção do pleno cumprimento das potencialidades contratuais, para além do mero interesse das partes”. (FERNANDEZ, op.cit., p.58).

⁵²³ TARTUCE, op.cit., p.58.

parte dos autores tem afirmado que a autonomia da vontade deixou de ter a força de outrora.⁵²⁴

Nesse contexto, é que a existência de uma regra que limite a legitimidade do idoso e analfabeto em realizar contratos de empréstimo consignados é consentâneo com o princípio da autonomia da vontade e a necessidade de se equilibrar as forças da relação contratual, ideário preconizado pelo “dirigismo contratual”. Há que se limitar a autonomia da vontade do consumidor idoso e analfabeto na realização de contratos bancários de créditos pessoais ante a gravidade da situação de exploração do vulnerável, ausência de boa-fé e de plena informação desse aderente.

Exigir que a pessoa idosa e analfabeta seja assistida por membro do Ministério Público, antes ou mesmo no momento da pactuação de um contrato de mútuo bancário, consiste em garantia de esclarecimento e informação sobre suas cláusulas, como forma de impedir que contratos sejam assinados sem a mínima compreensão acerca do que se está aderindo.⁵²⁵

4.3.4. O princípio da autonomia privada e sua relativização na proteção dos vulneráveis

O princípio da autonomia privada, assim como as normas do sistema jurídico, não é absoluto. Atualmente, a autonomia privada constitui a faculdade conferida às partes para regulamentar suas relações jurídicas, atentando-se às balizas das normas, e representa a evolução do princípio da autonomia da vontade. Esse sempre foi relacionado como o norte

⁵²⁴ Flávio Tartuce enfatiza a predominância dos contratos de adesão nos dias de hoje e o enfraquecimento da autonomia da vontade. “Do ponto de vista prático e da realidade, essa é a principal razão pela qual se pode afirmar que a autonomia da vontade não é mais princípio contratual. Ora, a vontade tem agora um papel secundário, resumindo-se, muitas vezes, a um sim ou não, como resposta a uma proposta de contratação (*take it or leave it*, segundo afirmam os americanos, ou seja, é pegar ou largar). Em reforço, diante dessa realidade negocial, não se pode dizer, às cegas, que os contratos fazem lei entre as partes, como era comum outrora”. (TARTUCE, op.cit., p.58).

⁵²⁵ Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. Classe: CNJ: Apelação. Número: 70064828098. Tipo de Processo: Apelação Cível. Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível. Comarca de Origem: Comarca de Canguçu. Seção: Cível. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE TAXAS EM CONTA CORRENTE DE PESSOA IDOSA SEMI-ANALFABETA. DESCONHECIMENTO DE PARTE DA AUTORA QUANTO ÀS IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DE DETERMINADOS SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS NA CONTA-SALÁRIO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO PELO BANCO. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À FIGURA DA PESSOA IDOSA, CONFORME DETERMINADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PELO ESTATUTO DO IDOSO. RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DAS COBRANÇAS. CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS. DANO MORAL. DIANTE DA PECUALIRIDADE DO CASO RESTA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AFASTADA. DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064828098, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, J.16-12-2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan.2016).

das relações individuais e particulares. Seus limites mais importantes são a função social do contrato, a boa-fé objetiva e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.⁵²⁶

Não é correto afirmar que o princípio da autonomia privada foi extinto. Ele subsiste, mas não como outrora. Apesar de Paulo Lôbo defender que não há princípio constitucional da autonomia privada ou da liberdade contratual, pois não há correspondência entre os atos da autonomia privada e da livre iniciativa⁵²⁷, isso não é o mesmo que afirmar que esse princípio não existe.

Caso não existisse mais o princípio da autonomia privada, era preciso defender o fim dos negócios jurídicos, visto que estes não existem sem declaração de vontade; além disso, a autonomia privada está diretamente relacionada aos elementos da formação dos negócios jurídicos: vontade, mas também aspectos de ordem sociais, econômicos e políticos.⁵²⁸

Atualmente, defende-se que o princípio da autonomia privada é relativizado e só com essa nova condição se torna compatível com o Estado Social, de proteção da igualdade material e dos grupos de vulneráveis.⁵²⁹ Autonomia privada e regras de proteção de grupos de vulneráveis são noções que necessitam de compatibilização nos tempos de hoje, sob pena da parte mais fragilizada terminar prejudicada.

A realização de contratos de empréstimos bancários por pessoas com vulnerabilidade acentuada, como é o caso dos idosos analfabetos, reclama uma regulamentação mais eficaz no sentido de restringir a autonomia privada desses consumidores buscando evitar a ocorrência de danos patrimoniais ou mesmo existenciais.

⁵²⁶“Na realidade, a autonomia privada coincide com a noção de negócio jurídico, que é considerado um fato jurídico em que há uma ou mais declarações de vontade”. (DONNINI, op.cit., 2004, p.44).

⁵²⁷ Há atos que são da autonomia privada e de forma alguma são de livre iniciativa. (LÔBO, op.cit., 2013, p.169).

⁵²⁸ Nessa cadência Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: “Assim, por exemplo, na esfera contratual, o intervencionismo estatal faz-se por meio de limitações à autonomia privada, que formam, em seu conjunto, medidas de dirigismo contratual, consubstanciadas por meio de normas jurídicas restritivas e da revisão judicial dos contratos”. (GURGEL, op.cit., p. 46). Flávio Tartuce enfatiza: “Conceitua-se o princípio da autonomia privada como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual na formação do contrato além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais”. (TARTUCE, op.cit., p.58).

⁵²⁹ Segundo Paulo Lôbo: “Na medida em que crescem o controle e a limitação estatais e sociais, reduz-se o espaço de autonomia”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.170). Atente-se à observação de Flávia Piovesan acerca da necessidade de ações promocionais para inserir os grupos de vulneráveis: “Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais”. (PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.45).

O fato é que as regras existentes têm sido insuficientes para a proteção do vulnerável, seja para evitar a ocorrência dos danos ou para repará-los.⁵³⁰ O que se observa nas promotorias das cidades do interior é a perpetuação de uma situação de exploração das pessoas idosas e analfabetas por parte dos seus familiares ou de aproveitamento de sua ignorância pelas instituições bancárias e seus representantes credenciados.

Muitas são as vezes nas quais o idoso analfabeto chega diante do promotor de justiça buscando informações sobre o contrato que já foi assinado, desejando conhecer qual o valor das parcelas que deverá ser debitado da sua aposentadoria e até mesmo querendo confirmar se o valor depositado em sua conta foi o mesmo valor pactuado. Desconhece, portanto, totalmente o que pactuou. Nesse caso, como pode a sua vontade em realizar o contrato de empréstimo ser considerada válida?

O elemento vontade é tão importante para a formação do contrato que há um embate na doutrina sobre a prevalência da vontade real (teoria da vontade) ou da declaração (teoria da declaração). Para os que acreditam que os efeitos jurídicos apenas ocorrem a partir da declaração da vontade, quando essa é apenas internalizada pelo agente não há formação do negócio jurídico. Somente com a declaração de vontade o negócio jurídico começaria a existir. Mas isso não basta. A expressão dessa vontade precisa coincidir com o real desejo da parte e, para isso ocorrer, é necessário que ela seja amplamente informada, a fim de conhecer todos os aspectos do negócio que intenta realizar. Desse fato decorre a necessidade de assistência ao idoso analfabeto como forma de assegurar a plena e irrestrita informação a esse consumidor de vulnerabilidade acentuada.

Interessante notar que o fundamento constitucional da autonomia privada estaria nos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana e, portanto, a interpretação das normas que restrinjam esse princípio não pode ser extensiva. Entretanto, Flávio Tartuce menciona expressamente a possibilidade de uma interpretação extensiva de uma norma que limite a autonomia privada para defesa da parte vulnerável do negócio jurídico.⁵³¹

⁵³⁰ Vide artigos 104, III, 166, 215, §2º e 595, todos do Código Civil brasileiro, bem como os artigos 37, § 1º e 221, §1º, ambos da lei 6015/73.

⁵³¹ “Além disso, podem surgir questões práticas interessantes relativas ao princípio da autonomia privada, particularmente pelo seu fundamento constitucional nos princípios da liberdade e da dignidade humana. Ora, como as normas restritivas da autonomia privada constituem exceção, não admitem analogia ou interpretação extensiva, justamente diante da tão mencionada valorização da liberdade. Em reforço, em situações de dúvida entre a proteção da liberdade da pessoa humana e os interesses patrimoniais, deve prevalecer a primeira; ou seja, o direito existencial prevalece sobre o patrimonial.” [...] “De qualquer forma, deve ser somada a essa conclusão uma constatação também fundamental; a de que, eventualmente, uma norma restritiva da autonomia privada pode admitir a interpretação extensiva ou a analogia, visando a proteger a parte vulnerável da relação negocial, caso do trabalhador, do consumidor e do aderente”. (TARTUCE, op.cit., p.59).

Nota-se, portanto, que a partir da interpretação dos princípios já existentes em nosso sistema jurídico seria possível concluir que o idoso analfabeto deveria estar assistido por um órgão cuja atribuição seja a defesa da pessoa idosa e preservação de suas garantias. Entretanto, a proposta de regra que se cria nesse trabalho tem por finalidade afastar qualquer dúvida desse consumidor que possa ser suscitada, de modo a tornar eficaz a garantia de informação.

4.3.5. O princípio da força obrigatória do contrato e a impossibilidade de revogação do crédito consignado

O contrato, após celebrado entre as partes, deve ser por elas executado tal qual previsto em suas cláusulas, devendo permanecer incólume, preenchidos os requisitos de existência e validade. Essa necessidade de cumprimento do contrato pelas partes é o que enuncia esse princípio da força obrigatória do contrato.

O princípio clássico da *pacta sunt servanda* ou força obrigatória do contrato, antes absoluto, passa a conter mitigações de modo a possibilitar o equilíbrio contratual e a realização do ideal de justiça. Verificou-se que a imposição de cumprimento obrigatório do contrato privilegiava a sua parte mais forte, na medida em que impunha ao vulnerável o seu cumprimento independentemente da manutenção das circunstâncias de quando fora o contrato pactuado.

Foi nos contratos de execução continuada, os quais não se esgotam em uma única prestação, onde se fez notar o desequilíbrio proporcionado pelo princípio da força obrigatória do contrato e como ele destoava, da forma como foi concebido, do novo paradigma de realização da justiça social. Assim, passou-se a relativizar o princípio da força obrigatória dos contratos, possibilitando sua revisão, e por conseguinte, a restauração do equilíbrio contratual.

Mudou, portanto, o paradigma. De imutável e com obrigatoriedade de cumprimento pelas partes, passou o contrato a admitir alterações desde que fossem demonstradas a superveniência e a imprevisibilidade de um fato posterior à formação do contrato, mas ocorridos durante a sua execução. Esse novo paradigma não foi responsável por extinguir o contrato, mas por adaptá-lo a esse novo contexto.⁵³²

⁵³² Ressalta Paulo Lôbo: “Houve, ao contrário, sua metamorfose, para se adaptar à realidade de tão intensas mudanças da sociedade pós-industrial, com a inevitável consideração dos sujeitos vulneráveis”. (LÔBO, op.cit., 2013, p.165). Jorge Mosses Iturraspe revela, que na modernidade, os paradigmas dos contratos também sofreram profundas modificações em relação aos paradigmas clássicos, e revela a necessidade de humanização do contrato e prevalência da boa-fé negocial, a

O Código de Defesa do Consumidor atento a esse novo paradigma foi além da teoria clássica da imprevisão para prever, de forma expressa, a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva, deixando de exigir a superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários. Por essa razão, a corrente consumerista costuma denominar essa teoria estampada no artigo 6º, V do CDC de teoria da quebra da base negocial. Segundo ela, duas hipóteses podem ocasionar a revisão judicial: a existência de cláusulas contratuais com prestações desproporcionais e a superveniência de fatos que tornem as cláusulas excessivamente onerosas.⁵³³

Nos contratos de empréstimo consignado, há alguns julgados que relativizavam o princípio da *pacta sunt servanda* e admitiam a revogação da cláusula que permitia o desconto em folha, ao sopesar dois interesses importantes, mas contrapostos, albergados na Carta Constitucional brasileira: o direito à fruição da remuneração pelo trabalhador e sua natureza alimentar *versus* a manutenção dos contratos de empréstimo consignado e dos descontos na remuneração do trabalhador.⁵³⁴

Atualmente, prevalece o entendimento de que a cláusula que admite o desconto em folha é válida e não pode ser cancelada por desejo unilateral do consumidor.⁵³⁵ Esse entendimento espalhou-se pelos Tribunais do país e vem consolidando

partir de: “la verificación cotidiana sobre la contratación entre personas desiguales, una fuerte y otra débil; una con bargaining power, poder de negociación, y otra sin él, una satisfecha y experimentada, y otra con necesidades apremiantes y sin experiencia”. (ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB: derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, **contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 258).

⁵³³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho enfatizam: “Mudanças bruscas, portanto, durante a execução, e que impliquem injusta alteração na base econômica do contrato, poderão justificar a revisão de sua balança econômico-financeira”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op.cit.*, p.77).

⁵³⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos julgamentos da apelação cível nº598086395⁵³⁴ e do agravo de instrumento nº70001586544, decidiu pela possibilidade do cancelamento unilateral dos descontos. “Sendo possível a autorização para desconto em folha de pagamento é de ser possível também o seu cancelamento quando bem entenda o autorizante. É a sua manifestação de vontade que autoriza o desconto, não havendo como manter vontade unilateral do beneficiário o desconto quando entenda o servidor de cancelar a autorização”. (Tribunal de Justiça/RS. Agravo de Instrumento nº70001586544. Quarta Câmara Cível. Agravante: Querino Dornelles Teixeira. Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2001).

⁵³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº728.563/RS. Segunda Seção. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 08 de junho de 2005. Nesse julgamento a Min. Nancy Andrigui proferiu voto vencido no sentido de admitir que o consumidor/trabalhador possa obter a revisão dessa forma de pagamento apesar de pactuado que seria o desconto realizado em folha: “Repita-se, porquanto isso é muito importante, não se está, aqui, a argumentar a impossibilidade da cláusula do desconto em folha. Ela é perfeitamente válida. O que não se pode admitir, porém, é que o trabalhador não possa, no futuro, postular a revisão de tal cláusula e dispor livremente de seu salário, realizando o pagamento na forma estabelecida pela cláusula revisada. É preciso, portanto, analisar a questão no âmbito da existência de uma colisão de princípios, para que se reconheça que estes possuem uma dimensão de peso e importância que não é próprio das regras jurídicas comuns, sendo possível, assim, a prevalência para o caso concreto de um princípio, sem que se proceda à completa negação daquele outro que possuir menor densidade. À obrigação do empregado de manter a autorização inicialmente dada para o desconto em folha deve corresponder algum direito. O único direito que vislumbro na outra ponta dessa obrigação é o direito da instituição financeira, não ao crédito – porque, como dito, este pode perfeitamente ser adimplido de outras formas – mas ao crédito pago daquela forma específica. Direito à execução específica do contrato, portanto. Essa execução específica teria como objeto, em última análise, o salário do empregado, o que é vedado pelo artigo 649, inc. IV, do CPC”.

o contrato de empréstimo consignado. Entretanto, mesmo após o julgamento do REsp 728.563/RS, algumas decisões discrepam do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No agravo de instrumento nº70013942545⁵³⁶ ficou decidido que os descontos nos vencimentos ou proventos do consumidor devem ser por ele consentidos para ocorrerem ou serem mantidos. Trata-se de uma relativização do princípio da obrigatoriedade do contrato, já que essa autorização do desconto em folha compõe a base do negócio jurídico do empréstimo consignado em folha de pagamento, cuja autorização já foi concedida no momento da realização da avença.

No julgamento do mandado de segurança nº70013336359⁵³⁷, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a relativização da autonomia da vontade do consumidor, bem como a obrigatoriedade do contrato de modo a permitir os descontos, mas no percentual limitado a 30% do vencimento bruto do devedor. Assim, o contrato não deixaria de ser obrigatório, ao contrário, ficaria mantido, mas limitado a um percentual que não atingisse a sobrevivência digna do devedor e sua família. Saliente-se que a alteração de uma cláusula contratual sem a concordância das duas partes envolvidas não deixa de ser uma relativização no princípio da força obrigatória dos contratos, mesmo que esse contrato continue sendo executado, pois os termos são diversos dos pactuados pelas partes.

O idoso analfabeto ao pactuar um crédito consignado com uma instituição financeira se obriga ao cumprimento de algo que pouco ou quase nada compreendeu. Por se tratar de um contrato de adesão, o idoso analfabeto pouco poderia influenciar na confecção da avença, entretanto, essa assistência é relevante para a tomada de sua própria decisão em aderir ou não ao contrato, de forma a posicionar-se conhecendo o seu teor. A teoria da quebra da base negocial é, pois, compatível com a assistência do Ministério Público à pessoa idosa e analfabeta na pactuação de crédito consignado, já que esse auxílio do promotor de justiça não impede futura revisão do contrato, caso estejam presentes os pressupostos dessa teoria.

Dessa forma, apesar do princípio do *pacta sunt servanda* e do entendimento majoritário acerca da impossibilidade de revogação unilateral pelo consumidor da cláusula que determina o desconto da parcela do empréstimo no seu salário ou aposentadoria, reconhece-se que em se tratando de consumidor idoso e analfabeto, cuja vulnerabilidade é

⁵³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº70013942545. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Araken de Assis, Porto Alegre, 22 de março de 2006.

⁵³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança nº70013336359. Segundo Grupo Cível. Rel. Des. Jaime Piterman, Porto Alegre, 09 de junho de 2006.

ainda mais acentuada, é mais fácil constatar a abusividade por parte do fornecedor do crédito, e, por conseguinte, torna possível a revisão dessas cláusulas.

4.3.6. O princípio da função social do contrato e a necessidade de assistir o idoso analfabeto na pactuação de um empréstimo

A ideia impregnada no princípio da função social do contrato é a de que mesmo o pacto entre duas pessoas, cujos interesses sejam individuais e particulares, não pode se sobrepor aos interesses da comunidade. A função social do contrato é atingida no momento em que se respeita a dignidade da pessoa humana, admite-se a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes, consagra-se uma cláusula implícita de boa-fé objetiva e respeita-se o meio ambiente e o valor social do trabalho.⁵³⁸

Assume, pois, o contrato outras funções além de regular a vontade das partes contratantes; sua dimensão passa a ser coletiva, não no sentido de disciplinar outras relações que não a objeto do pacto, mas por interferir na realização da justiça.⁵³⁹

Delimitar o princípio da função social do contrato é tarefa bastante complexa. A doutrina tem associado a realização desse princípio ao tratamento idôneo entre as partes, bem como ao desenvolvimento social racionalizado e equilibrado, pelo qual se veda o nascimento de contratos que violem a livre concorrência, as leis trabalhistas, a defesa do consumidor, as leis ambientais e a livre iniciativa.⁵⁴⁰

A responsabilidade social da empresa relaciona-se com os objetivos que propiciem atingir a sua finalidade econômica, mas também que represente uma fonte de mudança de vida para a comunidade onde está inserida. É uma ideia bastante consentânea com a função social do contrato.⁵⁴¹

O todo é mais importante que um só. Esse é o norte que inspira o princípio da função social do contrato. É, portanto, bastante amplo e funciona como parâmetro

⁵³⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.52; ITURRASPE, op.cit., p. 271.

⁵³⁹ “O contrato assume outra função para muito além da simples regulação da vontade das partes. Desempenha um papel de enorme importância, como um veículo de realização do ideal de justiça de valorização do ser humano, comportando assim, a inclusão de um novo e fundamental elemento, denominado de função social, fruto da intervenção estatal nesta relação entre os particulares”. (FERNANDEZ, op.cit., p.50).

⁵⁴⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op.cit., p.83.

⁵⁴¹ “A responsabilidade social é a obrigação que a empresa assume de buscar metas que, a meio e longo prazos, sejam boas para ela e também para o conjunto da sociedade na qual está inserida. Essa obrigação vai além do simples ganho econômico”. (BOFF, op.cit., 2014, p.67).

interpretativo, mas, sobretudo, como norma cogente, na medida em que é um princípio jurídico⁵⁴² e vem expresso no artigo 421 do Código Civil brasileiro.⁵⁴³

Assim, mesmo a interpretação do contrato precisa levar em consideração o meio onde está inserido.⁵⁴⁴ Não se pode abstrair o fato de que os contratos de empréstimos pactuados por idosos e analfabetos são, em sua esmagadora maioria, realizados em cidades do interior do país, onde até mesmo o acesso à informação é bem distinto das grandes metrópoles.

A estreita vinculação entre a função social e a proteção do consumidor, necessariamente determina a relação entre a vulnerabilidade do consumidor e a função social.⁵⁴⁵ Por conseguinte, atender a função social perpassa pela consideração de que o consumidor ocupa uma posição mais frágil na relação jurídica consumerista, devendo essa consideração ser levada em conta na interpretação e concretização dos contratos submetidos à tutela consumerista.

Os danos causados aos idosos analfabetos vêm se perpetuando e geram a sensação de ineficácia do sistema de repressão e prevenção. Esse fato impõe à coletividade um dano imensurável, de desconfiança nas relações jurídicas e de descrédito das instituições. A assistência ao idoso analfabeto pode prevenir essas lesões e, sem dúvida, representa um incremento na informação desse consumidor.

Não se trata de uma solução mágica, mas o ganho com a informação do idoso vulnerável representa para ele a possibilidade de não ser diuturnamente enganado e diminui as hipóteses de superendividamento. Para a coletividade, previne a ocorrência de danos, desafoga o Judiciário e resgata parte da confiança no sistema de crédito. Essa assistência também representa uma consequência direta da inserção do princípio da função social do contrato no sistema jurídico brasileiro, pelo qual o ganho individual não pode implicar dispensa de avaliação e efetivação de direitos sociais.⁵⁴⁶

⁵⁴² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op.cit.*, p.80.

⁵⁴³ BRASIL. Código Civil. (2002) Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 fev.2016).

⁵⁴⁴ “Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro”. (TARTUCE, *op.cit.*, p.60).

⁵⁴⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, *op.cit.*, p. 47.

⁵⁴⁶ Atente-se aqui a observação de Carlos Alberto Molinaro, sobre o que denomina de constitucionalismo de resultados: “Pensar os direitos humanos e fundamentais – num constitucionalismo de resultados, isto é, naquele em que a tônica é a máxima eficácia e efetivação desses direitos no viés individual e social – implica pensar uma moralidade pública em que cada ator social confronta quando seus interesses legítimos e constitucionalmente assegurados se encontram colapsados em processos destrutivos engendrados pelo sistema a que estão submetidos. Por isso, até mesmo tem que enfrentar os seus

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA ATRIBUIÇÃO DE DEFESA DA PESSOA IDOSA

5.1. O delineamento constitucional das funções do Ministério Público e sua relação com o Estatuto do Idoso

É o artigo 127, *caput* da Constituição Federal brasileira vigente que delinea as funções a serem desempenhadas pelo promotor de justiça no exercício do seu labor. Segundo esse dispositivo, o Ministério Público é um órgão essencial à atividade jurisdicional e tem por dever salvaguardar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.⁵⁴⁷

Ser essencial ao funcionamento da atividade jurisdicional é qualificar a atuação do Ministério Público como imprescindível, em relação à defesa dos direitos cuja atribuição lhe foi conferida, seja como órgão agente ou interveniente.

Defender a ordem jurídica não é uma missão restrita à fiscalização do cumprimento e respeito às regras por parte dos cidadãos e poderes públicos constituídos.⁵⁴⁸ Tutelar a ordem jurídica impõe o dever de fiscalizar, mas também o de promover. Não se trata de uma postura apenas passiva, mas a postura desejada do membro do Ministério Público é assertiva, promocional. Essa atuação propositiva não se restringe às regras, deve abranger os princípios e, sobretudo, os valores e bens jurídicos mais caros à sociedade.

próprios interesses (o viver em paz é um deles), para poder confrontar os interesses compactos do sistema”. (MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.31-32).

⁵⁴⁷ O texto constitucional foi bastante amplo e rico em relação às funções do Ministério Público. Nessa cadência, Wallace Paiva Martins Junior: “Em nenhum momento da história constitucional brasileira o texto foi tão rico em relação ao Ministério Público, contemplando-lhe finalidades, premissas estruturais, autonomia e independência, finalidades, funções e qualificadas garantias equiparadas aos magistrados. Isso se deve à importância do papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, no qual ele aparece como tutor do próprio regime democrático e da ordem jurídica”. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18). Ressalte-se aqui o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 179272, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 14.12.2001, segundo o qual não haverá nulidade do processo sem a sua participação se foi regularmente intimado e não compareceu. De modo distinto, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 73.887/AM, cujo relator foi o Ministro Milton Luis Pereira, DJ 20.05.1996, enfatiza a necessidade de efetivo pronunciamento do Ministério Público como órgão essencial à função jurisdicional do Estado e, por conseguinte, entende que deve ser anulado o processo sem a sua participação.

⁵⁴⁸ Carlos Roberto de Castro Jatahy posiciona-se no sentido de que a “defesa da ordem jurídica”, traduz a “vocação” do Ministério Público de atuar na posição de *custos legis*. (JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**, p. 18). A atuação, como órgão agente, na defesa da ordem jurídica, representa a verdadeira “vocação” do Ministério Público, como órgão operante, ativo e perseguidor da realização das regras, princípios e valores constitucionais. Wallace Paiva Martins Junior reconhece no Ministério Público brasileiro um perfil assemelhado ao *ombudsman*, com a distinção de que nos modelos estrangeiros tem poder de investigação e no Brasil esse poder abrange também o direito de ação. (MARTINS JUNIOR, op.cit., p. 116).

Por sua vez, a defesa do regime democrático abrange tanto a perspectiva de participação no processo eleitoral brasileiro, mas também a execução de trabalhos que promovam a participação efetiva das pessoas nas decisões políticas, seja através do instrumento das audiências públicas ou pela interação contínua com a comunidade. Por conseguinte, o promotor de justiça desempenha um papel de contínua provocação da comunidade, a fim de que essa não assuma a postura mais cômoda de isolamento, e passe a perceber que a mudança da sua realidade cotidiana perpassa por sua efetiva participação.

Ser guardião dos interesses sociais é velar por sua proteção, mas também buscar efetivá-los, interagindo diuturnamente com a comunidade local, através da fiscalização da merenda escolar, da promoção de campanhas de conscientização sobre o lixo, trânsito, corrupção, da realização de palestras nas escolas sobre o meio ambiente da cidade e o consumo de substâncias entorpecentes pelos jovens, ou mesmo, pela participação nas reuniões dos conselhos e demais grupos de organizações social. O seu espectro de laboração é bem extenso e o promotor de justiça funciona como um agente de mudança da comunidade na qual atua.⁵⁴⁹

Como órgão agente, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 129, II e III disciplina as atribuições constitucionais do Ministério Público. Mas, a atuação do promotor de justiça não está limitada às hipóteses constitucionais; ao contrário, encontra-se espalhada em diversos dispositivos sejam em códigos ou, na maioria das vezes, em leis esparsas, algumas, inclusive, compondo microssistemas de proteção de vulneráveis.

Como órgão agente o Ministério Público atua como autor do processo em defesa de pessoa individual ou de uma coletividade. Nessa condição, atua no processo com prerrogativas decorrentes de sua condição de parte no exercício de função pública.⁵⁵⁰ Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos determinam a atribuição do Ministério Público para agir enquanto parte no processo e, em se tratando de direitos individuais, a indisponibilidade do direito é uma das características a ser aferida pelo promotor de justiça para delimitar a sua atuação, mas não a única.

Nas ações de defesa dos direitos individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público é aferida pela dimensão social do fato danoso, e não apenas pela

⁵⁴⁹ “Os valores emancipatórios consignados na Constituição devem, portanto, pautar a atuação do Ministério Público na sociedade. É sua função utilizar o direito como instrumento de transformação da realidade social, fazendo com que os fatores que ensejam e mantêm a injustiça social sejam eliminados. Esta é sua maior função. Sua vocação social”. (JATAHY, op.cit., p. 17).

⁵⁵⁰ Pode-se mencionar a necessidade de intimação pessoal, mediante a entrega dos autos com vista, prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, dispensabilidade do adiantamento de despesas para a produção de provas.

indisponibilidade do direito, conforme orienta a norma residual do artigo 129, IX da Constituição Federal de 1988. Isto em razão do fato de que a maior parte dos direitos individuais homogêneos serem disponíveis.⁵⁵¹

Ressalte-se que essa dimensão social é constatada tendo em conta o seu valor e reflexo em determinado contexto comunitário e não se atendo, apenas, ao volume de pessoas lesadas. Desta maneira, a verificação do caráter social de determinado bem jurídico ou direito lesado é aferido pelo próprio Ministério Público.

Destarte, o perfil constitucional de atuação do promotor de justiça na seara cível é bastante amplo e traz um espectro imenso de atribuições. Com essa missão, o exercício das suas funções constitucionais demanda promotorias organizadas, com estrutura física e equipamentos para trabalho, com um corpo técnico qualificado, dotado de técnicos e analistas ministeriais, acrescida de sistema informatizado de controle de processos administrativos e prazos alimentados diariamente. Essa é a estrutura mínima de trabalho para um promotor de justiça desempenhar satisfatoriamente o rol de atribuições que lhes foram destinadas.

São funções relevantes à promoção de uma sociedade ativa e participativa da vida política e democrática, de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis e de salvaguarda da ordem jurídica. Entretanto, o constituinte enalteceu o Ministério Público e lhe conferiu esse rol de relevantes atribuições, mas que, na prática, não é exercido com a sua máxima potencialidade por carência de estrutura física e de pessoal, ou mesmo em razão da ausência de estratégia que promova cada vez mais a especialização das promotorias.

O que se observa, na maior parte das promotorias do interior do Estado do Piauí, sobretudo nas de entrância inicial, é a sua composição deficitária. Em sua maioria, elas são compostas apenas pelo promotor de justiça, sem qualquer auxiliar, ficando ao encargo daquele do simples atendimento do telefone, entrega de notificações e distribuição de senhas à participação em audiências criminais, tribunais do júri e confecção de ações voltadas à tutela dos interesses individuais e coletivos.

Essa realidade vivenciada em algumas promotorias do Brasil, é incompatível com a excelência de trabalho buscada pelo Ministério Público e, sobretudo, com a

⁵⁵¹ JATAHY, op.cit., p. 370-371. Sobre o artigo 129, IX, da Constituição Federal de 1988, Wallace Paiva Martins Junior defende que se trata de “norma de encerramento, de modo a atribuir-lhe tudo aquilo que não lhe for incompatível. [...]. Dentre eles é possível arrolar os direitos à moradia, à saúde e à educação, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da miséria, o cumprimento da função social da propriedade, a probidade e a transparência governamental, os direitos fundamentais, etc”. (MARTINS JUNIOR, op.cit., p. 136-137).

importância e vastidão das responsabilidades que lhes foram destinadas pelo constituinte brasileiro.

Ao atribuir ao Ministério Público a atribuição para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, o constituinte brasileiro de 1988 conferiu-lhe a salvaguarda dos interesses mais caros à sociedade, para os quais não cabe ao indivíduo invocar a sua autonomia.⁵⁵²

Com efeito, o Estatuto do Idoso está impregnado desse perfil constitucional do Ministério Público, e, de fato, não poderia ser diferente, já que o conjunto de normas precisam interagir e formar um todo harmônico no sistema jurídico. Assim sendo, as regras e princípios presentes no Estatuto do Idoso não podem ser interpretadas ao alvedrio da Constituição Federal de 1988, mas em sua conformidade.

5.2. Atribuições judiciais cíveis do Ministério Público em defesa da pessoa idosa

O Ministério Público brasileiro apresenta um conjunto de encargos na esfera cível que lhes proporcionam uma estreita relação com a população. Enquanto, o direito penal traz um conteúdo jurídico de aplicação excepcional, fora dos atos do cotidiano do cidadão comum, é na seara cível que o promotor de justiça se aproxima da comunidade, já que as tarefas do dia-a-dia estão impregnadas de direito civil ou dos microssistemas a ele relacionados.

Ao contrário dos Ministérios Públicos chileno e equatoriano, voltados à perseguição criminal⁵⁵³, o Ministério Público brasileiro tem funções alargadas no âmbito

⁵⁵² Para a tutela dos direitos individuais disponíveis foi criada a Defensoria Pública, cujo rol de atribuições volta-se, em essência, para a defesa e tutela desses interesses.

⁵⁵³ No Chile, o Ministério Público foi criado por emenda constitucional (Lei Constitucional n. 19.519 de 1997) e apresenta três principais atribuições, expressas no art. 80-A: “a direção exclusiva da investigação dos fatos delituosos, o exercício da ação penal pública e a proteção de vítimas e testemunhas”. Ao se comparar com o rol de atribuições cíveis do Ministério Público brasileiro, constata-se que elas foram tolhidas do Ministério Público chileno, em contrapartida, tem poderes amplos de investigação criminal. (ARRUDA, Samuel Miranda. Características e atribuições do Ministério Público chileno: breve estudo analítico e comparativo, incluindo referências às regras de cooperação jurídica internacional entre Chile e Brasil. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014, p. 71). No Equador, a atribuição do Ministério Público também está quase que exclusivamente voltada para o âmbito criminal. Nas palavras de Roberto Moreira de Almeida: “O Ministério Público equatoriano, por exemplo, tem uma estrutura e uma atuação bem distintas do congênere brasileiro. Enquanto lá o *Parquet* se esforça no combate à criminalidade e têm atuação exclusivamente no âmbito penal, aqui, diversamente, a instituição ministerial possui uma maior gama de atribuições, tanto na esfera cível (tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) como no âmbito criminal”. (ALMEIDA, Roberto Moreira de. Ministério Público: o modelo equatoriano. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014, p. 159). De forma distinta, o Ministério Público peruano tem suas funções mais assemelhadas com o Ministério Público brasileiro. (LIMA, Márcio Barra. Ministério Público da república do Peru: atribuições, principais características, estrutura organizacional e sugestão de cooperação jurídica internacional. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014, p. 195).

cível que aproxima a instituição ainda mais da população, visto que apresenta atribuições próprias para buscar a realização e efetivação dos seus direitos.

A atuação judicial cível do membro do Ministério Público brasileiro deve estar lastreada nos artigos 127 e 129, IX da Constituição Federal.⁵⁵⁴ Assim, os microssistemas, o novel Código de Processo Civil e os intérpretes não podem descurar dessa questão.

Atento à normativa constitucional, o Código de Processo Civil vigente disciplina as hipóteses que ensejam intervenção ministerial, como *custos legis*, bem como o direito de demandar em juízo do promotor de justiça, seja na qualidade de parte ou na condição de substituto processual.

Nos artigos 176 e 177 do Código de Processo Civil constam as hipóteses de atribuição do promotor de justiça enquanto órgão agente, deixando claro, nos dois dispositivos, a necessidade da atuação se voltar para as missões que lhes foram destinadas constitucionalmente.⁵⁵⁵ Por sua vez, o artigo 178 dispõe acerca de algumas possibilidades de atuação enquanto órgão interveniente.⁵⁵⁶

Na defesa dos incapazes, antes presente no artigo 82, I do Código de Processo Civil, e agora no artigo 178, II, do mesmo diploma legal, a justificativa para a participação obrigatória do Ministério Público é justamente auxiliar a parte mais vulnerável da relação, com nítida função protetiva.

Na vigente legislação processual brasileira, a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, é determinada também pela existência de interesse público ou social, segundo o artigo 178, I. No Código de Processo Civil anterior (1973) o interesse público que justificava a participação do Ministério Público estava descrito no último inciso do artigo 82 do Código de Processo Civil. Andou bem o legislador processualista em posicioná-lo logo no primeiro inciso do artigo 178 e separá-lo do litígio coletivo pela posse da terra rural, de modo a evitar qualquer interpretação sugestiva de que o interesse público só estaria presente nesse caso, bem como enfatizar que essa instituição está imbricada com esses interesses, conforme orientação constitucional. Elogiável, outrossim, a utilização das

⁵⁵⁴ MARTINS JUNIOR, op.cit., p. 133.

⁵⁵⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Artigo 176 “ O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”. Artigo 177 “ O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais”.

⁵⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. (2015). Artigo 178 “ O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I- interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

expressões interesse público ou social para determinar a obrigatoriedade de atuação do *parquet*, pois deixa aberta inúmeras possibilidades de intervenção, devendo o Ministério Público discricionariamente verificar a sua existência para determinar sua participação.⁵⁵⁷

A definição de interesse público, por ser aberta e comportar diversos significados, determina diferentes posicionamentos dos promotores de justiça acerca da sua participação nos processos judiciais de natureza cível. Por conta disso, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a recomendação nº 16/2010. Antes dela, o Ministério Público do Rio de Janeiro, por meio da deliberação nº 20-A, de 18.11. 2008, do Colégio de Procuradores, especificamente dispôs sobre a abrangência do interesse público do extinto artigo 82, III, do Código de Processo Civil anterior.

Assim como acontece com o interesse público, o interesse social é abarcado por demandas com repercussão para a coletividade e/ou que visem ao atendimento de valores e garantias próprias de vários indivíduos.⁵⁵⁸

Outros casos de intervenção obrigatória do Ministério Público, nos processos de natureza cíveis, são elencados por diversas leis esparsas. São bastante diversificados os exemplos, o que confirma o extenso rol de atividades a serem desempenhadas pelo promotor de justiça. Para citar algumas hipóteses, enumera-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 164 e 201, III), a lei do mandado de segurança (artigo 12, da lei 12.016/2009), a lei da ação popular (artigo 6º, §4º, da lei 4717/65), a lei da ação civil pública (art. 5º, §1º, da lei 7.347/85), a lei de alimentos (artigo 9º), a lei da ação de investigação de paternidade (artigo 8º, da lei 8.560/90), o estatuto do idoso (artigo 75, da lei 10.741/2003) e o estatuto da pessoa com deficiência (artigo 87, da lei 13.146/2015).

Especificamente na defesa da pessoa idosa, o Ministério Público apresenta atribuições de natureza cível e penal, retratadas em diversos artigos do Estatuto do Idoso. Em suas atribuições cíveis, o promotor de justiça pode atuar judicialmente ou

⁵⁵⁷ Essa aferição deve ser realizada pelo promotor de justiça, entendimento consagrado pelo STF no RE nº 98.941-2/SP, rel. Min. Djaci Falcão, DJU de 04/10/1984, p. 16.288. Seguindo essa mesma linha, Emerson Garcia sustenta: “Se é inequívoco que o órgão jurisdicional preside a relação processual, somente podendo nela intervir quem for por ela autorizado, não menos certo é que o Ministério Público não está funcionalmente a ele subordinado, não sendo admissível a expedição de ordens relacionadas ao estrito exercício da função”. (GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315-316). Segue essa linha o artigo 2º, da recomendação 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público “A identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos”.

⁵⁵⁸ A implicação social do superendividamento é enfatizada por Diana Cerini: “Il sovraindebitament dei consumatori ha implicazioni di politica economica che investono, oltre alla relazione debitore-creditore, la società intera”. (CERINI, op.cit., p. 189). Para Emerson Garcia: “Em linhas gerais, o interesse público se confunde com o interesse social ou o bem comum, abrangendo um conteúdo que rompe a individualidade daqueles que buscam a tutela jurisdicional, quer se trate de jurisdição contenciosa ou voluntária”. (GARCIA, op.cit., p.311).

extrajudicialmente. Nas demandas judiciais, que versem sobre os direitos das pessoas idosas, o Ministério Público pode agir como interveniente necessário ou agente. Ressalte-se, por fim, que, como órgão agente, o Ministério Público não está limitado a uma atuação voltada para os direitos coletivos em sentido amplo.

A atuação do promotor de justiça em defesa da pessoa idosa está disciplinada em diversos artigos do Estatuto do Idoso⁵⁵⁹, os quais encontram-se espalhados por toda a lei, podendo ocorrer em defesa da coletividade ou de cada pessoa idosa individualmente considerada.

Atendo-se às atribuições de natureza cível, o promotor de justiça é legitimado pelo Estatuto do Idoso para aplicar medidas de proteção ao idoso consistentes em: encaminhamento à família ou curador, após assinatura de termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; requisição de tratamento de sua saúde; inclusão em programa comunitário ou do poder público para auxílio, orientação e tratamento a usuários idosos ou pessoas de sua convivência dependentes de drogas lícitas ou ilícitas; e abrigo em entidade.

As medidas de proteção supra, enumeradas exemplificadamente no artigo 45 do Estatuto do Idoso, podem ser aplicadas pelo promotor de justiça, através de procedimento instaurado no âmbito da promotoria de justiça, sempre que forem ameaçados ou violados os direitos dos idosos.

Ademais, ao Ministério Público, consoante expressa previsão do artigo 74 do Estatuto do Idoso, incumbe fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso; instaurar inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; ajuizar e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial e de designação de curador especial; officiar em todos os processos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; atuar como substituto processual do idoso em situação de risco; promover a revogação de procuração do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 do Estatuto do Idoso, quando necessário ou o interesse público justificar; instaurar procedimento administrativo⁵⁶⁰; zelar pelo respeito aos direitos e garantias da

⁵⁵⁹ Ver os artigos 17, IV, 19, II, 45, 50, XIII, 50, XVI 52, 60, 65, 66, 74, 75, 89 e 90, todos do Estatuto do Idoso.

⁵⁶⁰ Em relação aos procedimentos administrativos, segundo o artigo 74, V, do Estatuto do Idoso o promotor de justiça poderá, para instruí-lo: “ a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração

pessoa idosa, valendo-se de medidas judiciais e extrajudiciais; inspecionar entidades públicas e particulares que recebem o idoso, adotando as medidas necessárias para cessar quaisquer irregularidades constatadas; requisitar força policial e a colaboração dos serviços de saúde, educação e de assistência social para o desempenho de suas atribuições; e, por fim, referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.

Enfatize-se que a legitimação conferida ao Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, de acordo com as disposições normativas. Da mesma forma, prevê o parágrafo 2º, do artigo 74, que as atribuições fixadas no rol desse artigo são apenas exemplificativas e não excluem outras compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público. Essa previsão do parágrafo 2º, assim como a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos direitos individuais de cunho indisponível ou de relevância social, bem como em defesa do vulnerável fundamentam o trabalho do promotor de justiça para informar o consumidor idoso e analfabeto frente à instituição bancária ou sua intermediária na pactuação do crédito bancário.

5.2.1. O Ministério Público como órgão legitimado para demandar em juízo para a defesa dos direitos individuais e coletivos do idoso

No Estatuto do Idoso, constata-se que o Ministério Público apresenta atribuição para a defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa no âmbito coletivo ou individual. Saliente-se que apesar da pessoa idosa não ser equiparada ao incapaz, no Estatuto do Idoso estão expostas diversas garantias e direitos, cuja finalidade é sua proteção e, ao mesmo tempo, efetivação de sua autonomia. O que se observa é a tentativa do legislador em prever ações, direitos e garantias que realizem a autonomia e propicie a maior participação do idoso na comunidade.

Na defesa dos direitos individuais dos idosos, o Ministério Público não é o titular do direito defendido em juízo, é legitimado, pois, extraordinariamente e atua em substituição processual do titular do interesse defendido em juízo.⁵⁶¹ O que confere legitimação extraordinária ao Ministério Público é a presença de determinados interesses no processo.

Atente-se que, apesar de apresentar atribuição para agir na defesa de direito individual de pessoa idosa, a salvaguarda de interesses individuais não é a vocação

direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas”;

⁵⁶¹ GODINHO, op.cit., p. 112.

constitucional do Ministério Público brasileiro, salvo diante da sua indisponibilidade, do seu interesse social ou ainda pela situação de risco que envolva o sujeito vulnerável. Por essa razão, sempre que se tratar de uma ação em defesa de direito individual, esse deve estar qualificado pela indisponibilidade, pela relevância social ou mesmo pelo estado de risco ou vulnerabilidade ao qual está submetido o seu titular.

O Ministério Público tem atribuição para defender direito individual da pessoa idosa, e, para tanto, tem uma autorização constitucional para a tutela de todos os direitos individuais de cunho indisponíveis, dispensando lei ordinária sobre essas hipóteses.⁵⁶² Esse entendimento destoa do preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 664.978/RS, cuja relatora foi a Ministra Eliana Calmon que entendeu ilegítimo o Ministério Público pleitear medicamentos em favor de pessoa idosa, antes do Estatuto do Idoso, exigindo autorização legislativa para o Ministério Público. Posteriormente, o Ministro Teori Albino Zavascki, no recurso especial nº 822712/RS, defendeu a tese segundo a qual a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais indisponíveis deriva do permissivo constitucional.

O Estatuto do Idoso, no artigo 74, I e III⁵⁶³ confere expressamente legitimidade para o Ministério Público atuar na condição de substituto processual do idoso em situação de risco. Por sua vez, no artigo 81, I,⁵⁶⁴ autoriza o Ministério Público a propor ações cíveis em defesa dos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Tratando-se de uma demanda em defesa de direito individual do idoso, a interpretação que se apresenta mais alinhada com a Constituição Federal de 1988 é a que admite o Ministério Público como sujeito ativo da ação judicial ou mesmo legitimado para atuar extrajudicialmente sempre que existir a indisponibilidade do direito ou o interesse social.⁵⁶⁵

⁵⁶² GODINHO, op.cit., p. 122. De forma enfática Robson Renault Godinho defende: “Evidentemente, como a legitimidade do Ministério Público decorre da Constituição, não há necessidade de todas as hipóteses de substituição processual estarem previstas em lei. Isso significa que, sempre que houver interesse social ou lesão ou ameaça de lesão a direito individual indisponível de idosos, o Ministério Público poderá agir como substituto processual”.⁵⁶² (GODINHO, op.cit., p. 134).

⁵⁶³ Art. 74, da Lei 10.741/2003 “Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; [...] III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei”; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 04 jan. 2016.

⁵⁶⁴ Art. 81, da Lei 10.741/2003 “Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente: I – o Ministério Público”; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm Acesso em: 04 jan. 2016.

⁵⁶⁵ Atente-se à advertência de Joselita Nepomuceno Borba: “A legitimidade institucional, portanto, não é ilimitada e nem discricionária, devendo se conter nos exatos limites postos pela lei. Se a atuação do Ministério Público ultrapassa ou atua fora da autorização legal, age sem legitimidade e sem interesse e, em consequência, falta-lhe suporte legal para o exercício do direito à jurisdição”. (BORBA, op.cit., p. 136). No manual de atuação funcional do Ministério Público de Minas Gerais, expressamente consta: “Ficam assim estabelecidas as duas primeiras premissas a delinear a atuação do Ministério Público

Mesmo com autorização expressa do Estatuto do Idoso ainda há resistência de alguns promotores de justiça em reconhecer a legitimidade do *parquet* para a defesa de direitos individuais do idoso, sejam esses indisponíveis ou de relevância social.⁵⁶⁶ Como são vastas as atribuições do Ministério Público, no âmbito individual e coletivo, o promotor de justiça assume o papel de gestor das demandas que chegam a promotoria de justiça, razão pela qual deve otimizar as possibilidades de ações e atentar ao nascedouro do procedimento, para evitar que esses procedimentos de investigação preliminar se eternizem.

Em defesa de direito individual de pessoa idosa, o Ministério Público pode atuar em via administrativa, inicialmente, também denominada de pré-processual, a qual, posteriormente, pode resultar ou não em uma demanda judicial. É a via administrativa (pré-processual) que permite a prevenção de danos e lesões, sobretudo aos sujeitos de vulnerabilidade acentuada.

Pela via pré-processual, o Ministério Público irá investigar casos de submissão patrimonial, violência física ou psicológica. Essas hipóteses representam situação de risco ao idoso e determinam atribuição do Ministério Público em sua defesa. O promotor de justiça deve sempre ter o cuidado para perceber os perigos aos quais os idosos podem estar expostos ou, simplesmente, as que sejam casos de denúncias de familiares que se incomodam com as suas escolhas pessoais ou com a gestão do seu patrimônio.

Há que se ter sempre em mente a capacidade irrestrita do idoso e sua autonomia para evitar uma intervenção demasiada do Ministério Público, inclusive no que toca ao seu patrimônio. O limite e balizas de atuação do Ministério Público estão traçados na Constituição Federal de 1988 e, portanto, deve-se atentar a indisponibilidade do direito

na defesa de interesses particulares de determinado idoso: a indisponibilidade do direito protegido ou sua relevância social e a compatibilidade das atribuições com a finalidade institucional do *Parquet* [...]. A situação de risco do substituído é, pois o terceiro dos requisitos a ensejar a ação ministerial. E essa condição do idoso, com os contornos definidos no Estatuto, presta-se não só a delimitar o âmbito de atuação do Ministério Público, mas também a direcionar o objetivo e o enfoque dessa atuação – retirar o idoso da situação de risco. Eis o derradeiro requisito”. (BRASIL. Minas Gerais. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: CEAF, 2008, p. 1851).

⁵⁶⁶ Robson Renault Godinho ilustra essa resistência dos tribunais com o exemplo retirado do Estado do Rio de Janeiro, no qual o Ministério Público, após visita realizada em dois hospitais psiquiátricos, ajuizou 96 ações de registro tardio e interdição de pessoas, em sua maioria, idosas e abandonadas. A juíza, após reuni-las em conexão extinguiu todas as ações sem julgamento de mérito, mesmo diante de ofensa a direitos de cunho indisponível. E, por fim, adverte: “Esse inusitado julgamento demonstra que, mesmo diante da expressa autorização normativa para que o Ministério Público tutele direitos dos idosos, ainda há séria resistência ao reconhecimento da legitimidade institucional para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, de modo que é necessário persistir no trabalho de convencimento dos julgadores, seja por meio de trabalhos acadêmicos e doutrinários, seja pelo ajuizamento das ações pertinentes, cujas hipóteses foram enunciadas exemplificativamente em linhas anteriores”. (GODINHO, op.cit., p. 135-136). Sobre a relevância social “[...] é crucial registrar que o envelhecimento populacional faz da velhice um problema social, que deve ser pensado em um âmbito global. [...] Eles, agora, encontram-se em situação de maior fragilidade, a depender de atenção especial por parte dos jovens e saudáveis”. (SCHMITT, op.cit., p. 97).

individual do idoso e a sua relevância social.⁵⁶⁷ Ademais, pode-se restringir sua autonomia quando for necessária para a compatibilização com outros valores igualmente protegidos pela Carta Consitutcional brasileira vigente.

O Estatuto do Idoso, no seu artigo 45, confere ao Ministério Público legitimidade para agir em defesa do idoso, verificada qualquer das hipóteses descritas no artigo 43 da mesma lei. De acordo com esse dispositivo, os direitos previstos no Estatuto podem ser ameaçados ou violados em quaisquer dessas hipóteses, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado (43, I), por omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento (artigo 43, II) e em razão de sua condição pessoal (artigo 43, III), e, em todas elas, o *parquet* está legitimado para aplicar quaisquer das medidas do artigo 45 do Estatuto.

Atualmente, reconhece-se a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de alimentos em defesa de idoso em situação de risco e ressalta-se o seu direito à vida, a dignidade e a um patrimônio mínimo.⁵⁶⁸ Esses mesmos valores são encontrados nas atuações judiciais ou extrajudiciais dos promotores de justiça em defesa dos consumidores idosos e analfabetos nos contratos de empréstimos bancários. Nessas hipóteses também se busca a proteção da vida, da dignidade e de um patrimônio mínimo do idoso, e mais, tem por fim a proteção de um direito com repercussão social e de um sujeito com vulnerabilidade extremamente acentuada. É indiscutível que a ausência de prestação de informações nesses contratos tem repercussão social enorme, sobretudo, na situação atual de acréscimo do superendividamento das pessoas.⁵⁶⁹

Não se defende que o Ministério Público assuma o papel de protagonista na vida das pessoas. A decisão em realizar ou não o contrato de crédito bancário é do consumidor idoso e analfabeto, mas para tanto, o Ministério Público está legitimado para

⁵⁶⁷ GODINHO, op.cit., p. 134. “Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”. WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 757.

⁵⁶⁸ Enfatiza Robson Renault Godinho: “Vale lembrar ainda, para bem gizar a legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos, que o nosso sistema jurídico reconhece a existência de um patrimônio jurídico mínimo decorrente do direito à vida e do respeito da dignidade da pessoa humana, reforçando, assim, a indisponibilidade do direito nas hipóteses em que o idoso se encontrar em situação de risco e configurando a existência de um interesse social subjacente à pretensão alimentar [...]. Em contrapartida, não se pode negar ao Ministério Público a possibilidade de, em havendo idosos em situação de risco, valer-se de todos os meios possíveis para restaurar sua integral proteção, o que inclui evidentemente o ajuizamento de ação de alimentos”. (GODINHO, op.cit., p. 135-136).

⁵⁶⁹ “Não se pode conceber que o Ministério Público tome para si questões envolvendo direito individual ou mesmo direito individual homogêneo sem repercussão social e interesses inerentes à iniciativa privada ou pública, o que importaria, por um lado apequená-lo diante de tão elevada missão institucional e, por outro, saudosismo e apego a um tempo de atrelamento ao poder público e de defesa de seus interesses”. (BORBA, op.cit., p. 128).

informá-lo e prestar uma real assistência, de modo a tornar efetivo os princípios do cuidado e da boa-fé objetiva.

A atuação do *parquet*, em defesa dos direitos coletivos do idoso, está disciplinada nos artigos 74, 79, 80 e 81, todos do Estatuto do Idoso, bem como em outros dispositivos espalhados nessa lei, como ocorre no artigo 52, cuja atribuição é do Ministério Público para fiscalizar as entidades de acolhimento do idoso. Consoante o artigo 74 do Estatuto do Idoso, o Ministério Público tem atribuição para instaurar inquérito civil e ação civil pública para a defesa dos direitos coletivos do idoso e promover inspeções e diligências investigatórias relacionadas à possíveis ofensas aos interesses e direitos dos idosos, inclusive em entidades públicas e particulares de atendimento e em relação aos andamentos dos programas tratados no Estatuto.

O delineamento dessas atribuições não blinda o promotor de justiça de atuar em outras hipóteses, desde que compatíveis com a sua finalidade, como expressamente dispõe o artigo 74, § 2º, do Estatuto do Idoso. Por fim, no artigo 79 dessa mesma lei, o legislador traz um rol exemplificativo de possíveis atuações.⁵⁷⁰

5.2.2. O Ministério Público como órgão interveniente necessário nas demandas que versem sobre os direitos dos idosos

O fundamento legal da atuação do Ministério Público, como interveniente necessário nas demandas cíveis relacionadas aos idosos, encontra-se nos artigos 74, II e art. 75, ambos do Estatuto do Idoso.⁵⁷¹ Como fiscal, compete ao *parquet* atuar em todas as demandas nas quais se discutam interesses de idosos em situação de risco, bem como na tutela coletiva. Conclui-se, na esteira desse pensar, que não basta ter interesse de pessoa idosa para a intervenção do Ministério Público.⁵⁷²

⁵⁷⁰ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; FULLER, Greice Patrícia; HORVATH Júnior, Miguel; e RIBEIRO, Juliana do Val. **Comentários ao estatuto do idoso**. De acordo com o novo código de processo civil lei nº 13.105/2015. (Coords.) GARCIA, Maria; LEITE, Flávia Piva Almeida; SERAPHIM, Carla Matuck Borba. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 255.

⁵⁷¹ Está expresso no manual de atuação funcional do Ministério Público de Minas Gerais que: “Também aqui atuará o Ministério Público nos limites de seu perfil constitucional, velando por direitos indisponíveis ou revestidos de relevância social. Oficiará, então, quando figurar num dos pólos da relação processual idoso que alegue ameaça ou violação de seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou em razão de sua condição pessoal”. (BRASIL. Minas Gerais. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: CEAJ, 2008, p. 1854).

⁵⁷² RIBEIRO, op.cit., p. 250. Segundo Carlos Roberto de Castro Jatahy, a atuação das Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência só se justifica quando o fato envolver direito do idoso em razão de sua especial condição pessoal, como restou consignado no Enunciado nº 15/2009 das Assessorias de Assuntos Institucionais do MPRJ: “ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE PROTEÇÃO AO IDOSO E À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. Às Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência falece atribuição para officiar em procedimentos administrativos que não versem

É a situação de risco de pessoa vulnerável que justifica a intervenção do Ministério Público na tutela individual. Essa situação de risco, pessoal ou social, deve ser preservada pela família, pela sociedade e pelo Estado.⁵⁷³

Ademais, situações outras, que não as expressamente previstas, permitem a atuação do *parquet* em defesa da pessoa idosa, desde que compatíveis com a previsão normativa constitucional.⁵⁷⁴

A grande questão, portanto, consiste no fato de que não é suficiente a presença de pessoa idosa para ensejar a intervenção do Ministério Público. Há que se constatar a existência de interesse de pessoa idosa em situação de risco. Essa situação de risco pode ter origem na família do idoso ou por abandono ou descaso social.⁵⁷⁵

Em razão do grande número de casos que podem demandar a intervenção do Ministério Público e a alegação de que alguns deles não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988⁵⁷⁶, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a

sobre direito conferido ao idoso em virtude de sua especial condição pessoal. Ref.: Procedimentos Administrativos MP nos. 2007.00079370, de 27.08.2007, e 2008.00056172, de 08.05.2008". (JATAHY, op.cit., p. 406-407).

⁵⁷³ “Encontrando-se o idoso em situação de risco, pessoal ou social, mormente por sua faixa etária, seus interesses e direitos serão protegidos e preservados por sua família, pela sociedade e pelo Estado, por expressa imposição constitucional (art. 230, CF), com a aplicação do princípio da proteção integral (art. 2º do Estatuto do Idoso), cujas normas e regras de proteção não de ser interpretadas consoante os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade”. (STEFANO; RODRIGUES, op.cit., p. 260). “É a condição de vulnerabilidade da pessoa idosa em situação de risco que autoriza a intervenção excepcional ministerial na seara negocial, pelo interesse público subjacente”. (RIBEIRO, op.cit., p. 236).

⁵⁷⁴ RIBEIRO, op.cit., p. 248-249). Em sentido diverso, Fernanda Paula Diniz: “Entretanto, há de se destacar que o Estatuto do Idoso previu de maneira taxativa as hipóteses em que se autoriza a intervenção do Ministério Público, o que restringe a atuação do mesmo”. (DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 79). Carlos Roberto de Castro Jatahy expõe: “Tal comando, entretanto, necessita de interpretação conforme a Constituição, já que as inovações trazidas pelo Estatuto do Idoso não podem ensejar a intervenção indiscriminada do Ministério Público em qualquer feito que trate de interesse de pessoa idosa, sob pena de se ferir o contido no artigo 127 da Constituição, segundo o qual cabe ao Ministério Público a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis”. (JATAHY, op.cit., p.409).

⁵⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Apelação Cível AC 70060998010 RS (TJ-RS) Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DO IDOSO . MEDIDA DE PROTEÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDUTA ABUSIVA POR PARTE DE UM DOS FILHOS EM RELAÇÃO À IDOSA. POSSÍVEL SITUAÇÃO DE RISCO, AMEAÇA E SOFRIMENTO. INTERESSE DE AGIR DA AUTORA CONFIGURADO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. DECISÃO POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060998010, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/08/2014). TJ-SP - Apelação APL 00219707920128260602 SP 0021970-79.2012.8.26.0602 (TJ-SP) .Data de publicação: 04/08/2015. Relatora Luciana Bresciani. Julgamento 30/07/2015. Órgão Julgador 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Ementa: Apelação cível – Abrigamento permanente de idoso em situação de risco – Requisição de atendimento formulado pelo Ministério Público a entidade de atendimento não governamental – Inobservância de procedimentos e formalidades previstas em lei – Ilegitimidade passiva reconhecida – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Sentença mantida – Recurso desprovido.

⁵⁷⁶ Sobre o assunto, Robson Renault Godinho alerta: “É uma reação ao absurdo volume de trabalho das Promotorias de Justiça, o que acaba por configurar uma espécie de estado de necessidade funcional ou legítima defesa das condições de trabalho. Entretanto, não se pode tergiversar em matéria de legitimidade. Trata-se de campo em que qualquer recuo pode ser irreversível. Inexiste vácuo em tema de legitimidade: caso o Ministério Público não exerça sua legitimidade, alguém ocupará o espaço. De todo modo, a discussão não deve passar por argumentos estratégicos ou corporativos, mas, sim, por um enfoque das atribuições outorgadas pela Constituição”. (GODINHO, op.cit., p. 141-142). Emerson Garcia chama atenção para o cuidado que se deve ter com a restrição das hipóteses legais de intervenção no processo civil do *parquet*: “É importante ressaltar que alguns setores do Ministério Público, com o objetivo de gerir a escassez de recursos humanos e materiais que assola a Instituição, têm desenvolvido construções voltadas ao redimensionamento da atuação dos órgãos de execução, que deveriam priorizar aqueles feitos de maior relevância social. Diminuindo-se o rol de causas que exigem a

recomendação 16/2010. Com essa recomendação, conferiu-se um norte sobre a temática da intervenção do *parquet* no processo civil. Nela, há um extenso rol de hipóteses legais de intervenção ministerial, nas quais o Conselho Nacional entende desnecessária essa participação, mas deixa expressa a necessidade de se respeitar a independência funcional do promotor de justiça.⁵⁷⁷ Note-se que o artigo 5º, XVII, da recomendação 16/2010 dispensa a intervenção do Ministério Público em ações que discutam direito individual não homogêneo de consumidor, sem incapaz. Em uma leitura apressada poder-se-ia entender que os litígios consumeristas de caráter individual envolvendo idosos e analfabetos não seria hipótese de intervenção ministerial. Essa interpretação é afastada expressamente pelo artigo 5º, VIII, da

intervenção do Ministério Público como órgão interveniente, ter-se-ia, por via reflexa, a maximização de sua atuação em questões de maior envergadura social. Essas aspirações, condensadas na denominada ‘Carta de Ipojuca’, conquanto legítimas, exigem alguns cuidados: 1º) não se deve substituir a atividade valorativa realizada pelo legislador por aquela oriunda do membro do Ministério Público, ressalvados os casos de inconstitucionalidade; 2º) o interesse público apresenta nítidos escalonamentos de grau e importância, o que, à evidência, não permite seja desqualificada alguma de suas manifestações; 3º) a diminuição das causas que exigem a intervenção da Instituição somente aumentará o grau de eficiência de sua atuação com o correto planejamento institucional, realocando recursos humanos e materiais ou extinguindo órgãos de execução desnecessários; 4º) preconizar o redimensionamento das hipóteses de intervenção sem planejamento institucional, deixando-o ao alvedrio de cada órgão de execução, é, com a vênua devida, abrir as portas ao ócio e ao descrédito da Instituição”. (GARCIA, op.cit., p.312-313).

⁵⁷⁷ Art. 5º da recomendação 16/2010 “Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

- I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária;
 - II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis– nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;
 - III - Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;
 - IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz;
 - V - Ação ordinária de partilha de bens;
 - VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;
 - VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;
 - VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;
 - IX - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;
 - X - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;
 - XI - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
 - XII - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;
 - XIII - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;
 - XIV - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;
 - XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;
 - XVI - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);
 - XVII - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;
 - XVIII - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;
 - XIX - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;
 - XX - Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau;
- (Alteração dada pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011).
- XXI - Assistência à rescisão de contrato de trabalho;
 - XXII - Intervenção em mandado de segurança”.

recomendação 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público, na qual se reconhece a relevância social presente nas demandas que versem sobre idosos em situação de vulnerabilidade.⁵⁷⁸

Interessante notar a importância reconhecida pelo artigo 5º, parágrafo único, da recomendação 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público, ao planejamento institucional. Segundo esse dispositivo, confere-se autonomia e discricionariedade para cada órgão do Ministério Público elencar os assuntos que entende importantes na sua circunscrição territorial, e assim o fazendo, esses temas assumem o caráter de relevância social.⁵⁷⁹

Ao comentar o artigo 75, do Estatuto do Idoso, Carlos Roberto de Castro Jatahy defende que o conteúdo do interesse público é determinado pelo princípio da proteção integral trazido no Estatuto do idoso, pela situação de risco ou nas hipóteses em que a velhice integra a causa de pedir.⁵⁸⁰ Em sentido diverso, Fernanda Paula Diniz defende que a intervenção do Ministério Público apenas se faz necessária, mediante a constatação de risco a direito fundamental do idoso protegido pela Lei 10.741/03. Segundo ela, não se justifica intervir quando a lide envolver direito alheio ao previsto no Estatuto e na hipótese do idoso contar com mais de sessenta anos, mas se mostrar plenamente capaz.⁵⁸¹

Atualmente, contratos com pessoas analfabetas deverão ser firmados em cartório ou através de procurador legitimado com procuração pública, com poderes para tal fim. Caso contrário, a avença é nula, por afrontar disposição de lei (art. 104, III, c/c art. 166, ambos do Código Civil). Trata-se de uma formalidade com o nítido fim protetivo do vulnerável. Ocorre que esse requisito legal e formal aplicado ao contrato de crédito não vem se mostrando bastante para garantir a informação e, por conseguinte, a proteção necessária ao consumidor idoso e analfabeto.

⁵⁷⁸ DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP, EDIÇÃO Nº086, CADERNO PROCESSUAL, DISPONIBILIZAÇÃO: Segunda-feira, 09 de maio de 2016. PUBLICAÇÃO: Terça-feira, 10 de maio de 2016. Art. 5º “Além dos casos que tenham previsão legal específica, destaca-se de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, os seguintes casos: [...]VIII – os direitos dos menores, dos incapazes e dos idosos em situação de vulnerabilidade”. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/rec_34.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

⁵⁷⁹ DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP, EDIÇÃO Nº086, CADERNO PROCESSUAL, DISPONIBILIZAÇÃO: Segunda-feira, 09 de maio de 2016. PUBLICAÇÃO: Terça-feira, 10 de maio de 2016. Artigo 5º, parágrafo único da recomendação 34/2016 do CNMP “Os assuntos considerados relevantes pelo planejamento institucional (Art.1º, inciso I) são equiparados aos de relevância social”. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/rec_34.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

⁵⁸⁰ JATAHY, op.cit., p. 409.

⁵⁸¹ DINIZ, Fernanda Paula. Op.cit., p. 79.

5.3. A atuação extrajudicial (ou pré-processual) cível do Ministério Público em defesa da pessoa idosa

O prestígio galgado pelo Ministério Público brasileiro, com o passar dos anos, após a Constituição Federal de 1988, e sua proximidade com a população confere legitimidade à instituição para provocar o nascimento de políticas públicas de repercussão social, bem como traz para si a responsabilidade de resolução de alguns conflitos.⁵⁸²

O promotor de justiça, sobretudo nos municípios pequenos, é, antes de tudo, psicólogo, mediador de conflitos, conselheiro e representa a ponte entre a sociedade e o sistema de justiça. É seu dever buscar formas alternativas de resolução de conflitos ao constatar a ineficiência da resposta judicial aos casos postos a sua apreciação, permitindo o acesso à justiça aos indivíduos, sobretudo os vulneráveis, mas também criar mecanismos que sejam eficientes na prevenção de danos e nascimento de contendas judiciais.⁵⁸³

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz diferentes hipóteses de atuação extrajudicial do promotor de justiça, relacionadas à atividade fiscalizatória das entidades governamentais e não governamentais, mas também com ênfase na provocação dos poderes constituídos, através da instauração de procedimentos administrativos (art. 201, VI, do ECA), para a promoção de ações mais efetivas nessa seara.

Firmou-se o entendimento que a participação do Ministério Público é obrigatória em acordo extrajudicial firmado por pais capazes, mas em busca de indenização para filho menor, consoante o relator Ministro Barros de Monteiro, no Recurso Especial 293874.⁵⁸⁴ Nota-se que, nessa hipótese, a intervenção necessária do promotor de justiça ocorre em razão da presença do interesse do incapaz, mesmo já existindo, em tese, duas pessoas capazes voltadas para a consecução dessa finalidade protetiva.

O atendimento ao público, previsto no artigo 32, II da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93) permite a aproximação do promotor de justiça com a comunidade e possibilita a composição de conflitos e a criação de formas alternativas para evitar a sua judicialização. Essa regra deixa evidente que a atuação do promotor de justiça,

⁵⁸² “Nessa implementação e efetivação de novo perfil, decorrente de sua atividade como órgão agente o Ministério Público, não deve perder de vista a sua efetividade enquanto órgão de promoção de justiça, condição essa a ser alicerçada em um plano de aproximação com a sociedade e comunicação de suas atividades e intentos”. (BORBA, op.cit., p. 142).

⁵⁸³ “Entretanto, passados mais de 20 anos de vigência da atual Constituição, cumpre observar que o Ministério Público já se encontra em sua ‘terceira fase de evolução’, empregando cada vez mais formas não judiciais de resolução de conflitos como instrumentos de acesso à justiça, diante da inarredável constatação de que a via processual não vem dando a resposta que dela se esperava”. (ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: (Org.) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 322).

⁵⁸⁴ Resp. 293874, Rel. Min. Barros de Monteiro, Quarta Turma.

sobretudo nas cidades do interior, nas quais inexistem defensores públicos, é amplíssima. Dessa forma, o artigo 32, II, da Lei Orgânica do Ministério Público comporta uma atribuição do promotor de justiça independente de qualquer atendimento ao público prestado por meio da Defensoria Pública, dispensando, inclusive, no que toca à atuação do *parquet* a análise da condição econômica do cidadão.

É, através do atendimento ao público, que as demandas chegam ao promotor de justiça. Ele entra em contato com a comunidade e detecta situações de risco social, de vulnerabilidade e as principais necessidades para orientar a sua atuação. Essa atuação extrajudicial, no âmbito cível, abrange desde atestar a miserabilidade do indivíduo, homologar rescisões de contratos de trabalho, aplicar medidas de proteção a pessoa idosa, instaurar procedimentos administrativos, expedir notificações para esclarecimentos e depoimentos, referendar transações relacionadas a direitos dos idosos previstos no Estatuto, presidir ou participar de reuniões para debater problemas da comunidade, expedir recomendações e termos de ajustamento de condutas. Essas ações não se esgotam nesse rol, sendo esse apenas de cunho exemplificativo.

Esclareça-se que a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 106/2003), no artigo 35, XIV, elenca a atribuição do promotor de justiça de atestar a miserabilidade do indivíduo com o objetivo de receber benefício junto aos poderes constituídos e aos seus legatários.

Da mesma forma, o artigo 477, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho confere ao Ministério Público estadual o dever de homologar as rescisões de contrato de trabalho.⁵⁸⁵ Trata-se de uma regra, cuja previsão vem sendo contestada, por alguns autores e mesmo pelos Ministérios Públicos dos Estados⁵⁸⁶ por entenderem que não foi recepcionada pela Constituição Federal. Independentemente da discussão acerca da disponibilidade ou indisponibilidade desses direitos, o fato dos direitos dos trabalhadores serem direitos sociais, de que a lesão a um indivíduo pode se refletir no âmbito coletivo e a presença inegável da

⁵⁸⁵ Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho. “Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz”.

⁵⁸⁶ Sobre a temática, o Ministério Público do Estado do Paraná, por meio do seu corregedor geral e através da recomendação nº 05/2008, orientou os promotores de justiça a prestarem assistência à rescisão dos contratos de trabalho apenas em caráter residual e após promoverem a instauração de procedimentos em suas promotorias para dotar os municípios, integrantes da comarca, de representações sindicais que assumam esse mister. Por sua vez, a recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, foi mais enfática ao dispor em seu artigo 5, XXI, ser desnecessária a intervenção e assistência do Ministério Público nas rescisões de contrato de trabalho.

vulnerabilidade do trabalhador devem justificar a assunção dessa responsabilidade pelo promotor de justiça.⁵⁸⁷

Vê-se, portanto, que a legislação, pelo fato de considerar o trabalhador um sujeito vulnerável na relação empregatícia, confere ao *parquet* estadual legitimidade para analisar e homologar todas as rescisões de trabalho ocorridas no município, sejam esses trabalhadores indivíduos idosos, jovens, analfabetos ou alfabetizados. Não há qualquer discriminação na lei. Na ausência dos sindicatos nos municípios, formam-se filas nas promotorias de justiça e, muitas vezes, o promotor precisa escolher um dia na semana para exercer essa função. Essa atribuição do promotor de justiça pode ser usada como exemplo para ilustrar que, mesmo diante de uma grande demanda, o Ministério Público pode organizar-se para exercê-la.

O artigo 13 do Estatuto do Idoso expressamente traz uma atribuição cível extrajudicial para o promotor de justiça e lhe confere legitimidade para celebrar acordo de alimentos, outorgando-lhe o caráter de título executivo extrajudicial, justamente com o fim de se evitar a judicialização dessas demandas e se alcançar um resultado prático mais rápido.⁵⁸⁸

Outras atribuições cíveis extrajudiciais do Ministério Público vêm enunciadas no artigo 45, da lei 10.741/2003, e consistem no encaminhamento do idoso à sua família ou curador, mediante termo de responsabilidade; sua orientação, apoio e acompanhamento temporários; requisição para tratamento de saúde em domicílio, hospital ou ambulatório; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao idoso ou qualquer pessoa de sua convivência; abrigo temporário ou não em entidade. Essas medidas serão aplicadas quando constatada ação ou omissão da sociedade ou do Estado, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e em razão de sua condição pessoal.

Não há previsão de regra expressa para o Ministério Público participar dos ajustes na realização do contrato bancário de empréstimo pessoal com consumidor idoso e analfabeto. Ocorre que essa atuação não destoaria das funções atribuídas ao Ministério Público,

⁵⁸⁷ O Ministério Público do Estado do Mato Grosso, no ato normativo nº 024/2012 -CGMP, atento aos diversos posicionamentos dos seus membros e a independência funcional do promotor de justiça orientou à instauração de procedimentos preparatórios ou inquérito civis para, independentemente de atuarem na homologação das rescisões de contratos de trabalhos, instar as instituições elencadas na Consolidação das Leis do Trabalho a assumirem suas atribuições.

⁵⁸⁸ “Se a própria legislação sugere que esse deve ser o caminho a ser observado durante o curso de um processo, com muito mais razão essa deve ser a via perseguida antes de iniciá-lo, evitando-se a provocação desnecessária do Poder Judiciário, o congestionamento das vias jurisdicionais e o desperdício de atos processuais”. (ZENKNER, op.cit., p. 321).

visto que esse ofício além de assumir uma repercussão social, pela questão do superendividamento da população idosa e analfabeta, interfere diretamente na proteção de garantias e direitos de pessoa com vulnerabilidade acentuada, com incidência na garantia de vida digna e manutenção do patrimônio mínimo.

A sobrecarga de trabalho e o excesso de atribuições não são justificativas para se vedar ou impedir a atuação extrajudicial do Ministério Público em defesa do consumidor idoso e analfabeto esclarecendo-o sobre as cláusulas de forma individualizada. Função que não choca com suas atribuições constitucionais.

Acresça-se a tudo que, no exercício de suas atividades, o Ministério Público brasileiro pode expedir recomendações, cuja finalidade consiste em promover no sujeito passivo a adequação de suas condutas às normas jurídicas. Não são de acolhimento obrigatório, mas a recusa do indivíduo pode fomentar a atuação processual cível ou penal do *parquet*. Essas recomendações são bastante utilizadas na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, mas não impedem que sejam expedidas em prol de interesses individuais de cunho indisponível ou com repercussão social.

Outro caminho, para promover a transparência e informação ao consumidor idoso e analfabeto, dessa maneira, seria a expedição de recomendações por parte do Ministério Público para as instituições financeiras assistirem efetivamente as pessoas idosas e analfabetas nos contratos de empréstimo pessoal. Essas recomendações, mesmo sem o caráter obrigatório, têm aceitação na sociedade brasileira e mostram-se bastante efetivas. Entretanto, é importante salientar que o promotor de justiça não está autorizado a expedir recomendação às entidades financeiras, proibindo-lhes de pactuar contratos de empréstimos pessoais com consumidores idosos e analfabetos desassistidos do promotor de justiça, pois essas recomendações precisam estar lastreadas em dispositivos legais que sustentem sua aplicação. Nesse caso, o dispositivo legal não está presente na ordem jurídica brasileira, posto que não há norma expressa que restrinja a legitimidade para a pactuação de empréstimos pessoais com consumidores idosos e analfabetos. Desse entendimento decorre a necessidade da proposta de *lege ferenda* que se apresenta nesse trabalho.

O Ministério Público seria o terceiro imparcial, o qual deve informar e esclarecer o consumidor idoso analfabeto. Justifica-se, outrossim, a participação obrigatória do Ministério Público em acordos extrajudiciais de indenização com interesse de consumidores idosos analfabetos, indivíduos com acentuada vulnerabilidade econômica, jurídica e de informação. Enfatize-se que, o promotor de justiça apresenta essa função de

esclarecer o consumidor vulnerável, mas essa atribuição não retira nem exclui o dever do fornecedor.

5.3.1. A participação do promotor de justiça como agente de prevenção de conflitos e os termos de ajustamento de conduta

O Ministério Público de cada Estado trabalha com uma realidade diferente, seja no tocante a sua estrutura como também em relação a demanda extrajudicial e judicial da comunidade na qual atua. Deve, pois, adaptar a estrutura da promotoria e seu corpo técnico, caso exista, à realidade na qual está inserido. Essa necessidade de adaptação à realidade local não dispensa que a promotoria seja também dotada de corpo técnico especializado como psicólogos, assistentes sociais e contadores, apenas para citar alguns profissionais. Muitas vezes, o problema do idoso não passa por uma solução judicial, mas por um apoio técnico multidisciplinar, sobretudo quando se tem por finalidade a prevenção de conflitos e a composição sem judicialização.

É inegável que uma conciliação com o suporte de um psicólogo tem mais chances de ser bem-sucedida. Da mesma maneira, o acompanhamento familiar do idoso por uma assistente social, com a finalidade de fazer cessar a situação de risco, é mais eficiente do que uma ação judicial que resulte em sua exclusão do ambiente familiar. Na mesma linha de entendimento, o auxílio de um contador ao promotor de justiça na realização de uma análise financeira das despesas e receitas do idoso constitui eficiente mecanismo de orientação do consumidor idoso e analfabeto e, por conseguinte, representa um modo para se evitar o seu endividamento e a diminuição do seu patrimônio com consequências diretas à garantia de sua sobrevivência com dignidade.

Em se tratando de ofensa a direitos individuais, é comum os promotores de justiça notificarem a outra parte na tentativa de alcançar uma composição.⁵⁸⁹No caso de pessoa idosa, esse mesmo procedimento é usado, principalmente, nos conflitos relacionados

⁵⁸⁹ “Nesse sentido, como Defensor Público (1995-1996), sempre procurei a conciliação prévia, a qual, na maioria dos casos, era obtida. Para efeitos formais, os envolvidos assinavam um ‘pacto de bem viver’, elaborados não apenas diante da solução de conflitos de natureza cível (normalmente pequenos comerciantes e consumidores), mas também em relação a desentendimentos havidos entre marido e mulher ou entre familiares. [...] Após ingressar no Ministério Público (1997), observei que, no interior do Estado do Espírito Santo, o mesmo tipo de situação surgia, tendo a prática, então sido mantida – ao que parece, com absoluto sucesso, pois nunca fui procurado por ninguém interessado em ‘executar o pacto’. Certamente, essa mesma prática é utilizada, até os dias de hoje, por muitos Promotores de Justiça pelo Brasil, talvez de uma forma muito mais intuitiva que técnica, como ocorreu no início de minha carreira. Entretanto, como se tentará demonstrar, trata-se de uma moderna forma de atuação, inclusive com louváveis resultados concretos”. (ZENKNER, op.cit., p. 318).

com seus familiares e sujeição do idoso a uma situação de risco, seja por negligência da família ou ausência do Estado.

O trabalho extrajudicial desenvolvido pelo promotor de justiça, em face da defesa e garantia dos direitos do idosos, corporifica-se ainda por meio de reuniões e palestras, interação com os conselhos municipais de idosos, atendimento ao público idoso, expedição de recomendações e até aplicação de questionários individualizados e específicos voltados à análise da capacidade de endividamento do idoso. Toda essa atividade, além de ter por fim resolver conflitos individuais sem uma demanda judicial, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário, tem a relevante missão de conscientizar essa parcela da população com acentuada vulnerabilidade, de modo a prevenir futuros conflitos.

De outro modo, caso a hipótese envolva direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, o promotor de justiça pode fazer uso dos termos de ajustamento de conduta, visando sanar a conduta lesiva, reparar o dano já ocorrido ou mesmo evitar a sua ocorrência. Com isso questiona-se: o termo de ajustamento de conduta pode ser realizado entre as entidades bancárias e as financeiras, juntamente com o Ministério Público, com a finalidade de se impedir a assinatura de contrato de empréstimos pessoais por pessoa idosa e analfabeta, sem que haja prévio esclarecimento de suas cláusulas por parte do Ministério Público?

Com os termos de ajustamento de conduta, entende-se possível o promotor de justiça, obrigar as entidades financeiras a fornecer assistência técnica especializada a esses consumidores de vulnerabilidade acentuada (idosos analfabetos) que demonstrem vontade em realizar empréstimos pessoais, visando conferir eficácia ao princípio da boa-fé objetiva e da transparência nessas relações. Com esses termos de ajustamento de conduta seriam atingidos todos os consumidores idosos e analfabetos. De outro modo, assim como ocorre com as recomendações, ao Ministério Público é vedado, por meio de termo de ajustamento de conduta, impedir a realização de contratos de empréstimos pessoais entre entidades bancárias e consumidores idosos e analfabetos, face a ausência de regra expressa restritiva da legitimidade desse indivíduo.

5.3.2. Os dados obtidos dos Centros de Apoio Operacional dos Ministérios Públicos dos Estados e a ausência de registro de informações sobre a atuação dos promotores de justiça em defesa do idoso analfabeto frente aos contratos bancários celebrados com as instituições financeiras

São vastas as possibilidades de ações do Ministério Público voltadas à defesa do consumidor, inclusive com legitimidade para o controle das cláusulas gerais dos contratos relacionados ao fornecimento de produtos e serviços, inclusive os empréstimos pessoais.

O controle das cláusulas gerais é previsto expressamente no artigo 51, §4º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Essa fiscalização das cláusulas padrão dos empréstimos pessoais, consignados ou não, pode ocorrer por meio da instauração de inquérito civil, o qual pode resultar em recomendações, termos de ajustamento de conduta ou ação civil pública. Além disso, as demandas do consumidor idoso e analfabeto de caráter individual e referentes a empréstimos pessoais, que chegam à promotoria de justiça, também podem ser objeto de questionamento judicial pelo Ministério Público.

Com a finalidade de se retratar a atuação dos Ministérios Públicos estaduais, no Brasil, e sua efetiva participação nos contratos de empréstimos pessoais, consignados ou não, na defesa dos direitos e garantias do consumidor idoso e analfabeto, foram enviadas correspondências a todos os centros de apoio especializados na defesa da pessoa idosa, órgão que compõe o quadro do Ministério Público.

O questionário encaminhado aos Centro de Apoio de Defesa da Pessoa Idosa dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal solicitava a colaboração no fornecimento dos seguintes dados:

- a) O número de promotorias com atribuição para a defesa da pessoa idosa no ano de 2015 e quantas delas teriam funções exclusivas;
- b) O número de termos de ajustamento de conduta firmados nos anos de 2013, 2014 e 2015 em defesa da pessoa idosa e quantos desses abordavam a temática dos empréstimos consignados;
- c) A quantidade de reuniões realizadas, visando o esclarecimento da pessoa idosa, sobre a temática dos empréstimos consignados;
- d) A quantidade de demandas ajuizadas pelos promotores de justiça contestando a validade dos empréstimos pessoais realizados por pessoa idosa e analfabeta; e
- e) O número de conselhos de defesa da pessoa idosa existentes no respectivo Estado, no ano de 2015.

O Ministério Público de Minas Gerais, em 22 de setembro de 2015, trouxe que em todo o Estado há 296 (duzentas e noventa e seis) comarcas, cada uma com sua promotoria especializada e seus próprios dados, razão pela qual não possuía as informações solicitadas.

O Ministério Público do Acre informou, em 27 de janeiro de 2016, que durante todo o ano de 2015 houve apenas 2 (dois) casos relacionados à temática dos empréstimos realizados por pessoa idosa, um resultando em ação civil pública e o outro na instauração de inquérito policial para apuração de crime de estelionato. Na verdade, observa-se que o Centro de Apoio de Defesa da Pessoa Idosa do Ministério Público do Acre enviou o questionário às promotorias e apenas 4 (quatro) promotores das cidades de Sena Madureira, Brasília, Bujari e Xapuri responderam às perguntas.

O Ministério Público do Amazonas trouxe, em 30 de novembro de 2015, que há apenas uma promotoria especializada na defesa da pessoa idosa, a qual abarca também a defesa das pessoas com deficiência, e que a mesma não trata de relações de consumo. Comunicou que não foram realizados termos de ajustamento de conduta relacionados à temática do empréstimo consignado pelas promotorias de defesa do consumidor e que no Estado há 39 (trinta e nove) conselhos de idosos.

O Ministério Público do Rio Grande do Norte expôs, em 09 de outubro de 2015, que são 53 (cinquenta e três) promotorias com atribuição na defesa do idoso, das quais apenas uma com atribuição exclusiva. Em relação aos outros dados do questionário não tem como informar, pois, ausente sistematização das informações solicitadas.

O Ministério Público de Santa Catarina indicou, em 23 de novembro de 2015, 112 (cento e doze) promotorias no Estado com atribuições para a defesa da pessoa idosa e 269 (duzentos e sessenta e nove) conselhos municipais do idoso. Informou, ainda, que não dispõe dos demais dados solicitados.

O Ministério Público de Goiás comunicou, em 04 de novembro de 2015, que em todo o Estado são 128 (cento e vinte e oito) promotorias com atribuições para a defesa da pessoa idosa, sendo 1 (uma) exclusiva. Como dispõe de um departamento específico de segurança e administração de dados, pôde trazer que foram registrados 311 (trezentos e onze) procedimentos relativos a empréstimos consignados realizados por pessoas idosas, dos quais 258 (duzentos e cinquenta e oito) foram arquivados e 53 (cinquenta e três) estão em andamento.

O Ministério Público do Rio de Janeiro trouxe, em 05 de novembro de 2015, que em todo o Estado são 101 (cento e uma) promotorias com atribuições para a defesa da pessoa idosa, das quais 5 (cinco) promotorias com atribuições exclusivas e que não dispõe de banco de dados sobre os demais questionamentos.

O Ministério Público do Maranhão informou, em 25 de abril de 2016, que em todo o Estado são 29 (vinte e nove) promotorias com atribuições para a defesa da pessoa idosa, sendo 2 (duas) exclusivas. Em relação às reuniões de esclarecimento da população idosa sobre a temática dos empréstimos, foram realizadas em três promotorias de justiça, mas não precisaram a quantidade. Colocou que há 56 (cinquenta e seis) conselhos municipais do idoso e um conselho estadual ativo. Acrescentou que não foi possível colher as demais informações pois poucos promotores de justiça responderam ao questionário e os que se dispuseram a responder “alegaram dificuldades para acessar e reunir os dados”.

O Ministério Público de São Paulo indicou, em 04 de dezembro de 2015, que em todo o Estado são 331 (trezentos e trinta e uma) promotorias com atribuições para a defesa da pessoa idosa. Como dispõe de um departamento de administração de dados, pôde trazer que foram registrados 20 (vinte) termos de ajustamento de conduta, sendo um com a temática específica dos empréstimos consignados. Foram 11 (onze) demandas ajuizadas contestando a validade dos empréstimos consignados referente à pessoa idosa, não existindo campo específico para a pesquisa do analfabetismo.

Os demais Ministérios Públicos não enviaram respostas à pesquisa.

Do exposto, constata-se a necessidade de que seja desenvolvido sistema de banco de dados para cada Ministério Público, que abarque as expressões “idoso”, “empréstimo pessoal”, “consignado”, “analfabeto”, de modo a permitir a integração e sistematização do trabalho desenvolvido pelos promotores de justiça em cada Estado, de modo a se viabilizar um retrato mais aproximado da realidade. Isto porque, entende-se os dados estatísticos como importante ferramenta para a promoção de eficácia de regras e promoção de direitos e garantias, pois através deles realiza-se diagnósticos dos principais problemas enfrentados e formula-se propostas que busquem estimular o comportamento desejado.⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ Wallace Paiva Martins Junior enfatiza a larga utilização do enforcement no direito anglo-saxão e esclarece: “Além disso, poderia propor a revisão do sistema normativo, sugerir a adoção de políticas públicas para assegurar o cumprimento das leis, devendo elaborar relatórios anuais para condensar informações sobre o cumprimento das leis e propor ao Poder Legislativo eventuais alterações, a edição de regras novas, complementares ou não, a revogação de outras, e ao poder Executivo a necessidade de criação ou alteração de sistemas de fiscalização”. (MARTINS JUNIOR, op.cit., p. 124).

5.3.3. A proposta de *lege ferenda* de assistência do promotor de justiça ao consumidor idoso analfabeto na pactuação dos contratos de mútuo bancário.

A proposta de *lege ferenda* desta tese consiste em impor a obrigatoriedade de assistência ao consumidor idoso e analfabeto por representante do Ministério Público nos contratos de empréstimos realizados com instituições financeiras. Essa atuação não está em conflito com a norma constitucional e tampouco com o artigo 74, do Estatuto do Idoso, o qual, no seu parágrafo 2º, abre a possibilidade do Ministério Público exercer outras atribuições compatíveis com a sua finalidade.

A atuação do promotor de justiça assumiria o caráter informativo, junto ao consumidor idoso e analfabeto, na pactuação dos contratos de créditos bancários. Não se defende o caráter de gestão do patrimônio do idoso retirando-lhe a sua autonomia. O caráter é do exercício de um ofício com finalidade preventiva de cunho esclarecedor, para se evitar demandas judiciais pelo desconhecimento do contrato pactuado pelo consumidor idoso e analfabeto. É uma ideia cuja proposição visa fortalecer o princípio da transparência, mas também não abandona a concepção de que a vontade do indivíduo precisa estar qualificada, ou seja, informada.

Propõe-se a seguinte regra a integrar o artigo 74 do Estatuto do Idoso, responsável por elencar as atribuições do Ministério Público, incluindo-se mais um inciso, o XI: Assistir preventivamente o consumidor idoso e analfabeto, nos contratos de crédito pessoal, de modo a garantir-lhe a plena e irrestrita informação acerca das cláusulas contratuais, mas respeitando a sua liberdade em decidir pela realização ou não do contrato.

Em pesquisa realizada na doutrina estrangeira sobre a vulnerabilidade do consumidor e os contratos bancários, já se encontra o direito a uma assistência técnica individualizada. Esse é imposto aos prestadores e intermediários do crédito e deve se dá de forma individualizada, esclarecendo caso a caso se as circunstâncias do contrato proposto se ajustam aos seus interesses, necessidades e situação financeira.⁵⁹¹ Na Espanha, já existe, inclusive, previsão legal no art. 11 da Ley de 24 de junio de 2011 de Contratos de Crédito Al Consumo.⁵⁹² Em relação à União Européia, acrescenta-se o dever anexo da boa-fé

⁵⁹¹ BERGARECHE, op.cit., p. 133-134.

⁵⁹² Raquel Luquin expõe: “Al tratarse de un contrato complejo que incorporara elementos técnicos (de naturaleza económica y financiera) de difícil aprehensión por parte de los consumidores, el legislador ha previsto con base en lo dispuesto por la Directiva comunitaria un instrumento adicional de tutela al consumidor consistente en que se le proporcione con carácter obligatorio antes de la firma del contrato una serie de explicaciones de aquella naturaleza, lo más detalladas posible y sobre todo, de fácil comprensión para los consumidores, a fin de lograr la formación de una decisión racional consciente y libre de contratar un determinada operación de financiación (descartando, en su caso, otras). Esta asistencia se concreta en la obligación de explicar al consumidor, de forma personalizada, las características de los productos propuestos, así como la

objetiva trazido pela Diretiva nº 2008/148 segundo o qual o fornecedor tem o dever de aconselhamento, em face do consumidor, esclarecendo o custo da operação de crédito e suas consequências.

información precontractual advirtiéndole de los riesgos en caso de impago o de endeudamiento excesivo, que de modo que la permita comprender las repercusiones del contrato de crédito em su situación económica”. (BERGARECHE, op.cit., p. 133).

CONCLUSÃO

Ao final desse estudo, é possível concluir sobre a temática discutida, por meio da investigação de vários caminhos, os quais também encerram diferentes ensinamentos. Esses caminhos não se chocam, ao contrário, tais quais as corredeiras de um rio, desembocam na temática central para conferir o volume e traçados adequados, que permitam a navegação em águas ainda não exploradas. É certo que não se trata de uma navegação tranquila. Algumas passagens que se mostravam de início propícias à navegação, mostraram-se, no decorrer do estudo, inaptos a se chegar à foz do rio.

A participação indispensável do promotor de justiça para a concretização dos contratos de empréstimos bancários com pessoa idosa e analfabeta, sob pena de nulidade dessa avença por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, bem como a necessidade de regra expressa nesse sentido é a foz que alcançamos com o estudo. Para tanto foi necessário trilhar as direções adiante expostas.

A proteção das pessoas com vulnerabilidade acentuada reclama uma interpretação das regras, princípios e postulados em conexão com a ética e a moral. Esse estreitamento é importante para afastar normas que não salvaguardem os bens jurídicos mais caros ao vulnerável, para o nascimento dos novos direitos e desenvolvimento dos que já existem, e principalmente para prevenir conflitos, na medida em que a aproximação da ética com a lealdade contratual acentua a necessidade de ampla e irrestrita informação do consumidor idoso e analfabeto.

A pessoa idosa e analfabeta é sujeito de direitos e, portanto, com personalidade, dotada de capacidade irrestrita. No entanto, sua legitimidade para pactuar contratos de crédito bancário, deveria estar limitada por lei, diante da sua hipervulnerabilidade. Essa extremada fragilidade é reconhecida primeiramente por se tratar de um consumidor, no qual reside um aspecto da vulnerabilidade, mas também por se tratar de um idoso acrescido da característica do analfabetismo, o que lhe torna especialmente propenso de ser enganado ou mesmo incapaz de extrair sozinho as informações necessárias à sua decisão.

A pessoa idosa está inserida em uma comunidade e em uma família, cujo papel primordial é promover sua independência e existência com dignidade. Entretanto, a mesma família que enaltece, em outros casos, pode ser responsável por retirar a sua autonomia e enganá-lo, com a finalidade de auferir benefícios financeiros. A partir dessa

constatação, são bastante prejudiciais ao idoso analfabeto as decisões judiciais que consideram válidos os contratos de empréstimos com a sua digital e a assinatura a rogo do seu parente.

O descompasso existente entre as regras vigentes e a efetiva proteção dos bens jurídicos de titularidade dos mais vulneráveis ficam patentes ao se analisar as peculiaridades dos contratos de créditos bancários.

O modo como vem sendo interpretados os princípios e as regras, relacionados aos contratos de empréstimos bancários, de modo a entendê-los válido com a simples aposição de uma digital com assinatura a rogo de um parente próximo, não favorece a proteção ao consumidor idoso e analfabeto, tampouco realiza o princípio da boa-fé objetiva, em suas perspectivas da lealdade, transparência e informação. Ao contrário, essa interpretação incrementa as demandas judiciais para contestar a validade desses contratos, na medida em que ao desconhecerem o teor das cláusulas contratuais, o idoso e analfabeto, muitas vezes, é surpreendido com cobranças para as quais não se preparou financeiramente. Evidencia-se, nessas contratações, a ineficácia do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de informar o sujeito vulnerável e impor a atuação com lealdade do fornecedor de serviços bancários. Por conseguinte, nota-se que esse princípio se revela ineficaz para prevenir os conflitos relacionados aos contratos de crédito bancário com idosos e analfabetos.

Entretanto, a despeito dos problemas alinhados, o sistema normativo de proteção ao consumidor, composto por seus princípios, regras e postulados não é incompatível com o seu aperfeiçoamento e criação de regras aptas a distinguir os mais vulneráveis das demais pessoas. Ao contrário, é exigência do próprio sistema constitucional, o tratamento diferenciado ao consumidor idoso e analfabeto ao contratar com instituições financeiras.

A atividade judicial do Ministério Público em defesa da pessoa idosa é justificada primeiramente pela presença de um sujeito com vulnerabilidade maximizada, por estar esse indivíduo sujeito a uma situação de risco e pela existência de ofensa a um direito individual com reflexo social. Dessa forma, não é o simples fato de estar diante de uma pessoa idosa que justifica a participação do Ministério Público, pois se assim o fosse haveria um descompasso com a norma constitucional. Essas mesmas razões, que legitimam a ação do promotor de justiça na seara judicial, são aplicadas para permitir o seu trabalho extrajudicial.

A atuação extrajudicial do promotor de justiça representa um importante caminho para a prevenção de conflitos relacionados à contratação de empréstimos bancários por idosos e analfabetos, bem como a aproximação do Ministério Público com esses sujeitos de extrema vulnerabilidade e expostos a situação de risco.

O termo de ajustamento de conduta constitui uma importante forma de atuação extrajudicial do Ministério Público e prevenção de conflitos, mas o seu trabalho não pode encerrar aí. A atividade extrajudicial do promotor de justiça, visando defender o idoso analfabeto na pactuação de um empréstimo, não pode se encerrar no controle das cláusulas gerais. Esse trabalho precisa ser ampliado por meio da realização de reuniões e palestras destinadas a grupos de idosos, interação com os conselhos municipais de idosos ou mesmo aplicação de questionários específicos voltados à análise da capacidade de endividamento do idoso. Esses devem ser alguns instrumentos aplicados, pelo promotor de justiça, no cotidiano das promotorias de justiça do Brasil para realizar o princípio da boa-fé objetiva e ser instrumento de transformação social, conferindo ao idoso, meios para atingir uma vontade informada e qualificada.

A ausência de regra, impondo como condição de validade dos contratos de empréstimo com idosos e analfabetos a participação do promotor de justiça, suscita controvérsia sobre a possibilidade de sua ação na defesa dos direitos individuais desses sujeitos.

É ínfima a compilação de dados dos trabalhos dos promotores de justiça em defesa do idoso e analfabeto, realizadas pelo Ministério Público dos Estados. Alguns Estados, de fato, não detêm essas informações sobre a atuação dos promotores e os dados terminam por permanecer espalhados pelas diversas promotorias. Em outros casos, confirma-se a pouca ação dos promotores de justiça nessa seara, já que muitos dedicam-se a outras atividades por considerarem que lhes falta atribuição.

É imperiosa a proposta de uma nova regra *de lege ferenda* a acrescentar o inciso XI, ao artigo 74 do Estatuto do Idoso, para a promoção do ajuste das regras do contrato de empréstimo bancário, cujo aderente é o idoso e analfabeto, aos princípios de proteção à pessoa vulnerável e boa-fé. A assistência do promotor de justiça à pessoa idosa e analfabeta, para a realização dos contratos de crédito pessoal, passaria a ser obrigatória, sob pena de sua nulidade.

Essa proposta de acréscimo à lei é necessária ao aperfeiçoamento do sistema de proteção dos idosos e analfabetos, pois apesar da participação do promotor de justiça na

realização de contratos de créditos bancários entre idoso e analfabeto e instituições financeiras já ser permitida, não é obrigatória. É permitida, na medida em que decorre das atribuições constitucionais do Ministério Público; mas não é obrigatória, pois não tem o condão de impedir a realização desses contratos sem a participação ministerial.

Por fim, as conclusões expostas não se encerram aqui. Tal como a foz do rio que desemboca no mar, a realização de reuniões com os idosos e aplicação de questionários pelos promotores de justiça para orientar o idoso à realização do empréstimo se abre ao novo, ao nunca antes explorado, e, por conseguinte, a mais descobertas. Desse modo, merece investigação futura, inclusive com amostragem de dados do Ministério Público, a questão da aplicação e eficácia da proposta de lei apresentada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. Estudo Introdutório de Carlos Bernal Pulido. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. Ministério Público: o modelo equatoriano. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014.
- ÁLVAREZ, César Carranza. De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad en el derecho peruano. In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari; **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, ano 25, v.99, p.27-39, jul.-set., 2000.
- ANDRADE, José Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina. 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. v.1. Coimbra: Almedina, 1974.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- ARRUDA, Élcio. Instabilidade, incerteza e insegurança jurídica na sociedade contemporânea. (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, n.18, p.17-39, abr.-jun., 2013.

ARRUDA, Samuel Miranda. Características e atribuições do Ministério Público chileno: breve estudo analítico e comparativo, incluindo referências às regras de cooperação jurídica internacional entre Chile e Brasil. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014.

ASCARELLI, Tullio. **Saggi Giuridici**. Milano: Dott. A. Giufrè, 1949.

_____. Problemas jurídicos. Tomo I. Antígona e Pórcia. Tradução de Luísa Heráclito Panico e Maria Isabela Haro Meloncini. Publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Roma. Conferência realizada em 1955 no Instituto Cultural Ítalo Chileno de Santiago. In: **Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto**, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

_____. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa. v.I e II (1991); v. III (1992); v.IV (1993).

_____. **O Direito**. Introdução e teoria geral. 11.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito civil** – teoria geral. v.1. 2.ed. Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Almedina, 2002.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: (Coord.) NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito e justiça social**. São Paulo: Atlas, 2013.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: RT, 2013.

BERGARECHE, Raquel Luquin. **El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1929.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil constitucional**. São Paulo: RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 5.ed. São Paulo: Edipro, 2012.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BOFF, Leonardo. **A grande transformação na economia, na política e na ecologia**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. Justiça e cuidado: opostos ou complementares. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos: sindicato, associação, Ministério Público, entes não sindicais**. São Paulo: LTr., 2013.

BRASIL. Minas Gerais. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: CEAF, 2008.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**, 19(5)83-129, São Paulo: RT, jul.-set., 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de personalidade**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista). **Revista Del Rey**, ano 9, nº17. Minas Gerais: Del Rey, jan.-jul., 2007.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. São Paulo: Bookseller, 2002.

CARRIERO, Giuseppe. **Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone**. v. XXXI. Autonomia privada e disciplina del mercato il credito al consumo. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

CERINI, Diana. Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva comparata. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

CESARIO, Erminia. I sistemi di informazioni creditizie e la tutela del consumatore. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. v.I. Parte Geral. São Paulo: RT, 1982.

CHAVES, Silvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. Barueri, São Paulo: Manole, 2015.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Direito e inovações biotecnológicas** (A pessoa como questão crucial do biodireito). sep. "O Direito", ano 126, III e IV. Lisboa, jul-dez.,1994.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORRÊA, Luiz Carlos. Hermenêutica e a interpretação e suas particularidades. In: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, n.18, p.125-157, abr.-jun., 2013.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; Moraes, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Judith Martins. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Stefano. **O dolo processual em matéria civil e penal**. Tradução de Laercio Laurelli. 2.ed. São Paulo: Paulistanajur, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional e fundamentos do direito: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. Uma mera formalidade? In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; Moraes, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

_____. Revisão de contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Arnoldo Wald (Coord.). São Paulo: RT, ano 7, nº26, out.-dez., 2004.

_____. *Bona fides*: do direito material ao processual. **Revista de Processo nº251**, jan. 2016, São Paulo: RT, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos da recente jurisprudência e a proteção dos consumidores. In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil – teoria geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FELIPPE, Marcio Sotelo; SEMES, Marcelo (Orgs.) **Direito e moral**. São Paulo: Editores.com., 2014.

FERNANDEZ, Hamilton Donizeti Ramos. A teoria contratual. In: (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, nº18, p.41-86, abr.-jun., 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: (Orgs.) FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7.ed. São Paulo: Atlas. 2013.

_____. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRY, Luc; VINCENT, Jean- Didier. **O que é o ser humano**. Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 6.ed. De acordo com o novo código civil – Lei nº10.406, de 10.1.2002. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DONNINI, Rogério; VIVIAN, Wilson de Alcântara Buzachi (Coords.). Princípio Non Laedere (*Neminem Laedere*). **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, nº18, p.193-245, abr.-jun., 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 29ª reimpressão. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. v.1. 3.ed. São Paulo: RT, 1981.

_____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 1988.

FRANCHI, Giovanni. **La tutela giuridica degli anziani non autosufficienti e delle persone affette da alzheimer**. Milano: Editore Key, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – teoria geral – contratos**. IV, t.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAINO, Itamar. Requisitos do negócio jurídico. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**: le obbligazioni in generale, il contratto in generale i singoli contratti. Volume secondo. Terza edizione. Padova: CEDAM, 2015

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Pessoa idosa no direito de família**. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Gama-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 05 jan.2016.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor – código comentado e jurisprudência**. 3.ed. atualizada de acordo com a Lei nº11.448/2007 e com jurisprudência e informativos do STJ e STF. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; Moraes, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: **Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, SP, n.2, p.286-298, 2ºsem. 2014.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A Lógica das Ciências Sociais**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HUXLEY, Aldous. **Os demônios de Loudun**. Tradução de Sylvia Taborda. 2.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estudos & pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n.9. **Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000**. Rio de Janeiro, 2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset. 10 años do CCB: derecho contractual constitucional: libertad, solidaridad y función social. In: (Coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIPER, Claudio Marcelo. **Derechos de las minorias ante la discriminación**. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1998.

KOPPERNOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung**. Baden-Baden: Nomos, 1997.

LARAIA, Ricardo Regis. Princípios: meio e fim. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos. Revisão de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Márcio Barra. Ministério Público da república do Peru: atribuições, principais características, estrutura organizacional e sugestão de cooperação jurídica internacional. In: (Org.) CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías del Pueblo**. v.1. Ministérios Públicos Sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: (Coord.) NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito e justiça social por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.12, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, jan.-mar., 2002.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MACARIO, Francesco. Le forme di tutela del consumatore debitore. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. Madri: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.8, p.13, out.-dez., 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, José Dias. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra, v.I., 1958; v. II., 1959.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, abr.-jun.,1990.

MAZZA, Willame Parente. Análise crítica da jurisprudência e da doutrina brasileiras na teoria de Robert Alexy. **Revista da OAB Piauí**, Piauí, PI, ano 1, v.1, p.63-93, semestral, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Validade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Raimundo. A proteção do consumidor, segundo Hammurabi. In: (Coord.) AMARAL, Luiz. **Defesa do consumidor: textos básicos**. 2. Ed. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, jul. 1988.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete analfabetismo funcional. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/analfabetismo-funcional/>>. Acesso em: 29 de jun. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – parte geral: introdução. Pessoas físicas e jurídicas. t.1. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional IV** – direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de direito civil**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Juliana Calçada. Aproveitamento do negócio jurídico inválido. In: (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, São Paulo, SP, ano 5, n.19, p.143-192, jul.-set., 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.1 São Paulo: Saraiva, 1968.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira e. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa (um contributo para a teoria do direito da personalidade). In: **Revista dos Tribunais**, 590/14-24, São Paulo: RT, 1984.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do direito civil português I**, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** – a tutela específica do credor nas obrigações negativas. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3.ed. São Paulo: RT, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: (Coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor**: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº2.591. São Paulo: Lex, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no esboço de Teixeira de Freitas. Superação e permanência. In: **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, 11 (40): 7-28, abr.-jun.,1987.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito civil – teoria geral do direito civil**. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano, um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PENA, Ivana Farina Navarrete. Atuação do Ministério Público no exercício de suas atribuições constitucionais: algumas lacunas a preencher. In: (Org.) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

PENNASILICO, Mauro. **Contratto e interpretazione lineamenti di ermeneutica contrattuale**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de direito civil**. Contratos. Atualizado por Caitlin Mulholland. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PETRUZZELLIS, Luca; RAVAZZONI, Roberto; e ROMANAZZI, Salvatore. L'evoluzione dei consumi: scenari micro e macro – economici. In:(A cura di) LOBUONO, Michele; LORIZIO, Marilene. **Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore scenari economici e profili giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: (Orgs.) BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari. **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PLATÃO. **A república**. Disponível em: [http:// www.filosofia.com.br / figuras / livros_inteiro /36txt](http://www.filosofia.com.br/figuras/livros_inteiro/36txt). Acesso em: 22 dez.2015.

POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal. Atuação extrajudicial do Ministério Público: dever ou faculdade de agir? In: (Org.) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional: da dignidade humana ao direito fraterno. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, SP, nº2, p.143-153, 2º sem., 2014.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2.ed. v.1. t.1. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. Revista técnica Alvaro de Vita. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Estudos preliminares de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Hernán Bouvier, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez. Tradução de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. São Paulo: RT, 2014.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; FULLER, Greice Patrícia; HORVATH Júnior, Miguel; e RIBEIRO, Juliana do Val. **Comentários ao estatuto do idoso**. De acordo com o novo código de processo civil lei nº 13.105/2015. (Coords.) GARCIA, Maria; LEITE, Flávia Piva Almeida; SERAPHIM, Carla Matuck Borba. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 10.ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Contratos**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Princípios contratuais. In: (Coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2008.

ROQUE, Sebastião José. **Direito bancário**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 2013.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: **Direito e justiça social por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Volume II. Tradução da 6.ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português por Ary dos Santos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e o direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8.ed. v.1. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos fundamentais e democracia**: o debate Habermas-Alexy. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana; construindo uma compreensão jurídico – constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; MAURER, Béatrice et al. **Dimensões da dignidade**: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista da SJRJ**, v.16, n.26, 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos bancários**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHÖTZ, Gustavo J.. *El favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. **Ars Iuris Salmanticensis Estudios**, Salamanca, v. 1, diciembre, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr., 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÓFOCLES. **Antígona**. Traduzido do grego por Donaldo Schüler. São Paulo: L&PM Pocket, 1999.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: (Orgs.) RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres;

FACHIN, Luiz Edson; Moraes, Maria Celina Bodin de. **Diálogos sobre direito civil**. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. In: (Org.) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

SPENCER, Almeida Ferreira. **A comissão de permanência e a Súmula 472 do STJ** – breves reflexões. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 24 jan.2016.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. **Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STEFANO, Isa Gabriela de Almeida; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O idoso e a dignidade da pessoa humana. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Por uma adequada leitura do novo paradigma constitucional ou de como o neoconstitucionalismo não supera o “positivismo”. **Revista da OAB Piauí**, Piauí, PI, ano 1, v.1, p.23-41, semestral, 2013.

STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**. (Coords.) DONNINI, Rogério Ferraz; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. São Paulo, SP, ano 5, n.19, p.193-212, jul.-set.2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v.3. 10.ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil I**. v.2. Coimbra: Coimbra, 1929.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Comentários ao Novo Código Civil**. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. v.XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TELES, Ney Moura. **Novo direito eleitoral: teoria e prática**. Brasília: LGE Ed., 2002.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico, delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, v.105, p.09-33, jan.-mar., 2002.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: (Coords.) PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TÜRCKE, Christoph. **Sociedade excitada**: filosofia da sensação. Tradução de Antonio A.S. Zuin. et al. Campinas: Unicamp, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos 2. Colaboração de Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: (Org.) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

CAPES

Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br>

Acesso em: 23 mar.2016.

CAPES

Disponível em: <http://www.capesdw.capes.gov.br/capesdw>

Acesso em: 24 mar. 2016.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/rec_34.pdf.

Acesso em: 10 jul. 2016.

PARLAMENTO EUROPEO.

Disponível em: <http://www.parl.europa.eu>.

Acesso em: 03 out.2015.

SENADO FEDERAL BRASILEIRO

Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>.

Acesso em: 29/06/2016.

SIGNIFICADOS

Disponível em: <http://www.significados.com.br/serasa>

Acesso em: 08 jan. 2016.

REVISTA EXAME

Disponível em: <http://exame.abril.com.br>

Acesso em: 08 jan. 2016.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração