

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUCÉLIA DE OLIVEIRA BARBOSA

MEDIAÇÃO RESTAURATIVA NA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO
RECUPERAÇÃO FINANCEIRA DO SUPERENDIVIDADO

SÃO PAULO

2023

LUCÉLIA DE OLIVEIRA BARBOSA

**MEDIAÇÃO RESTAURATIVA NA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO
RECUPERAÇÃO FINANCEIRA DO SUPERENDIVIDADO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvido sob a orientação do professor Dr. Thomas Conti, apresentado para obtenção de Aprovação em banca de defesa.

SÃO PAULO

2023

LUCÉLIA DE OLIVEIRA BARBOSA

MEDIAÇÃO RESTAURATIVA NA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Filiação

Prof. Avaliador 1

Filiação

Prof. Avaliador 2

Filiação

Dedico este trabalho a Deus, alpha e ômega, ao Adriano, pelo apoio e incentivo, aos meus filhos, Felipe e Pedro, que me impulsionam a lutar por meus sonhos e aos meus pais pelo dom da vida.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não foi feito a duas mãos; inúmeras colaboraram para que ele fosse possível. Por isso, quero registrar meus agradecimentos:

A Deus, sem o qual nada é possível.

Ao meu orientador do mestrado, Dr Thomas Conti, por confiar em minha capacidade e permitir que essa jornada fosse possível, obrigada pelas orientações e por fomentar meu amadurecimento pessoal e profissional.

Ao Banco do Brasil S.A. que me concedeu a bolsa de estudos, por confiar na minha capacidade e no meu trabalho, ao meu orientador Volnei Adriano de Freitas pelo apoio e empatia, mesmo dividindo seu trabalho de coordenador na auditoria do banco, me prestou pronta atenção.

Aos professores da Banca de Qualificação que gentilmente aceitaram participar da Banca de Defesa, Dr. Ricardo Morishita e ao Dr. João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, agradeço-lhes pelas valiosas orientações e por serem um exemplo para mim.

Agradeço a todos professores do IDP que auxiliaram na construção do pensamento crítico e humanizado. Pela humildade e pela capacidade de serem empáticos sem restrições a titulações.

Aos membros do departamento jurídico do Banco do Brasil S.A. de Ribeirão Preto (AJURE), em especial ao Dr. Alexandre Ferreira de Rezende, Dr. Daniel Segatto de Sousa, Carina Trevisoli e aos meus colegas de equipe que tanto me auxiliaram preenchendo minhas lacunas em minhas ausências no trabalho para me dedicar aos estudos, obrigada pela amizade, confiança e por incentivarem meu desenvolvimento acadêmico, pessoal e profissional.

“Pobreza é a privação de oportunidades.”

Amartya Sen

RESUMO

O superendividamento de consumidores é um tema de crescente preocupação social no Brasil, motivando inclusive debates parlamentares, novas leis e a necessidade de respostas jurisprudenciais. Esta pesquisa investiga as formas de se encaminhar soluções para o superendividamento do consumidor, com especial ênfase na eficácia da conciliação e mediação na recuperação de dívidas. Nossa análise deriva da recém-implementada Lei 14.181/21, oferecendo uma perspectiva legal e prática sobre o superendividamento e a aplicação de várias estratégias de resolução de conflitos, equilibrando os pontos de vista de credores e devedores. Os resultados sugerem que apesar de haver espaço para melhorias, a Lei do Superendividamento tem incentivado a conciliação e mediação como mecanismos eficazes de recuperação para devedores individuais insolventes.

Palavras-chave: Superendividamento. Lei 14.181/21. Mediação. Mínimo Existencial.

ABSTRACT

The issue of consumer over-indebtedness is of escalating social concern in Brazil, prompting parliamentary debates, new legislation, and a demand for jurisprudential responses. This research examines potential solutions for consumer over-indebtedness, with a specific emphasis on the effectiveness of conciliation and mediation in debt recovery. Our analysis derives from the newly implemented Law 14.181/21, offering both a legal and practical perspective on over-indebtedness and the application of various conflict resolution strategies, thereby balancing the viewpoints of creditors and debtors. The findings suggest that, although there is room for improvement, the Over-Indebtedness Law has been promoting conciliation and mediation as effective recovery mechanisms for insolvent individual debtors.

Keywords: Over-indebtedness. Law 14.181/21. Mediation. Existential Minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DO CONTEXTO ECONÔMICO E NORMATIVO NO QUAL SE INSERE O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO.....	10
1.1 DO CONTEXTO ECONÔMICO E NORMATIVO NO QUAL SE INSERE O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO	10
1.2 CONCEITO DE CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO.....	12
1.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM A EXISTÊNCIA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO.....	14
1.4 DIREITOS E GARANTIAS DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO	19
1.4.1 Direito ao mínimo existencial.....	22
1.4.2 Direito de lealdade e boa-fé nas relações de consumo	25
1.4.3 Do direito à exclusão do banco de dados de inadimplentes e direito de fruição	28
1.4.4 A execução dos contratos de crédito na Lei do Superendividamento	29
2 O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E SUA RECUPERAÇÃO FINANCEIRA.....	31
2.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA FASE DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO.....	32
2.1.1 Princípio da transparência.....	34
2.1.2 Princípio da boa-fé.....	35
2.1.3 Princípio da equidade	36
2.1.4 Princípio da confiança	37
2.2 DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA DO SUPERENDIVIDADO E OS NOVOS PROCEDIMENTOS TRAZIDOS PELA LEI 14.181/21	37
3 MEDIAÇÃO RESTAURATIVA NA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO.....	42
3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA – DA ESFERA PENAL PARA AS RELAÇÕES PRIVADAS	42

3.2 OS DIVERSOS MODOS DE TUTELA DO ENDIVIDADO – MODELOS DO DIREITO COMPARADO	47
3.2.1 Modelo Norte-Americano: <i>Fresh Start</i>	47
3.2.2 Modelo Francês	49
3.3 DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO PARA A APLICAÇÃO NOS CASOS DE CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS.....	51
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O superendividamento ou “falência” do consumidor é um problema social e estrutural que prejudica não só o indivíduo, mas também as pessoas que dele dependem, os credores que esperam o retorno do capital alocado, e toda coletividade que direta ou indiretamente se beneficiam das trocas monetárias, essencial no sistema de economia capitalista.

Neste trabalho, será analisado o problema do superendividamento do consumidor, pessoa física, os seus direitos e garantias e como a utilização do instituto da mediação pelas instituições financeiras poderá auxiliar na recuperação do superendividado.

O objetivo principal do presente estudo será a análise sob o ponto de vista econômico e sua implicação sob as diversas tratativas possíveis entre credor e devedor nos casos enquadrados na nova lei, e o retorno do consumidor superendividado ao mercado de consumo.

O que se entende por mediação restaurativa, e qual a sua efetiva importância para a resolução dos conflitos relacionados ao superendividamento, bem como o retorno do crédito decorrente dos ajustes no âmbito do Sistema Financeiro?

No primeiro capítulo, tratar-se-á dos aspectos conceituais da novel Lei do Superendividamento (14.181/21), que acrescentou no Código de Defesa do Consumidor novos conceitos e metodologias de solução do endividamento do consumidor, pessoa física.

No segundo capítulo, serão abordados os aspectos práticos da relação do superendividado em instituições financeiras, quais mudanças a nova lei causará na oferta de crédito ao consumidor, qual proteção ao consumidor deverá se dar desde a fase da formação do contrato de crédito ao consumo, e quais mecanismos deverão ser observados.

Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, serão utilizados os métodos dedutivo e quantitativo dos impactos da Lei do Superendividamento nos Contratos Bancários desde a sua aprovação ocorrida em julho de 2021.

No terceiro capítulo, desenvolver-se-á, de forma mais aprofundada, a dogmática e a parte procedimental relacionada à questão do superendividamento especialmente no que tange à mediação e à conciliação, cujo objetivo será a realização de um plano de pagamento factível e executável.

No desenvolvimento desse capítulo buscar-se-á analisar, sob a ótica da novel Lei 14.181/21, os aspectos jurídicos e a praxe das diversas maneiras de solução dos conflitos intrinsecamente relacionados ao chamado superendividamento. Tal questão será verificada sob a ótica do credor, bem como sob a visão do devedor.

O estudo deste trabalho será fundamentado em análises de métodos de autocomposição, tais como, justiça restaurativa e mediação e a questão do Mínimo Existencial, por isso a utilização do método dedutivo.

O referencial teórico a ser utilizado será baseado no estudo de Ronald Coase, em sua clássica e premiada Teoria do Custo de Transação e sua correlação com a Mediação e Conciliação na Lei do Superendividamento.

A análise não será realizada apenas sob um prisma deontológico, mas também verificar-se-á o cotidiano com a análise de casos práticos e sua interpretação jurisprudencial.

1 DO CONTEXTO ECONÔMICO E NORMATIVO NO QUAL SE INSERE O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

As decisões de consumo dependem não apenas da renda atual do indivíduo, mas também de sua renda futura esperada e da riqueza financeira, portanto, se o nível de consumo for maior que a renda atual, o consumidor tomará emprestada a diferença; se fosse menor, ele pouparia.

Entretanto, há variáveis que podem afetar a lógica acima descrita, como, por exemplo, o desemprego, a inflação, a redução de renda, gastos excessivos, doença pessoal ou familiar, divórcio ou morte e levar o consumidor ao superendividamento e ao consequente inadimplemento e exclusão do mercado de consumo.

Geraldo de Farias Martins da Costa (2012, p. 89) ensina que o crédito indiscriminado, sem análise correta da capacidade de pagamento pode tornar-se um instrumento de exclusão social e pobreza:

“o crédito, apresentado como uma possibilidade para todos os consumidores de ter acesso aos produtos oferecidos pela sociedade da abundância, se transforma em um mecanismo de exclusão social. Em um flagelo que provoca a pobreza e a miséria”.

1.1 MACROECONOMIA E MICROECONOMIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ESTUDO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Preliminarmente ao estudo do indivíduo que apresenta a condição de superendividado, entendemos ser fundamental a análise de como a macroeconomia e a microeconomia estabelecem as balizas para a compreensão do indivíduo que se encontra nessas condições.

A macroeconomia visa uma análise global de um sistema econômico, desconsiderando-se as particularidades ou os comportamentos individuais. É uma área de estudo das Ciências Econômicas, responsável por analisar fatores do modelo econômico de determinada região ou país.

Dentre os principais objetivos do estudo macroeconômico, temos o crescimento econômico, a análise dos índices inflacionários, ou mesmo a estabilização dos preços. Nesse diapasão, verifica-se que se relaciona à macroeconomia o estudo da taxa de juros, da renda, da moeda e do nível de preços, bem como o nível de produção de bens e serviços, o mercado de trabalho e a política monetária. Podemos observar que esses fatores, considerados

individualmente ou em conjunto, têm o condão de agravar ou mesmo amenizar o superendividamento, e eventualmente criar ou extinguir a condição de superendividado.

O Brasil tem uma longa história de inflação alta e volátil: anos 1970 (média de 30%); no período de 1980-88, (média de mais de 200%); e entre 1989 e 1994, (média de 1.400%). Entre 1980 e 1994, o Brasil foi o país com a mais longa história de inflação alta entre os países emergentes. Para controlar a inflação, o governo precisa aumentar as taxas de juros; e o Brasil, por conseguinte, tem uma das mais elevadas taxas de juros do mundo, gerando o consequente aumento no valor das prestações nos contratos de concessão de crédito e financiamento.

A microeconomia, por sua vez, busca uma análise focada no estudo de um modelo econômico em pequenas unidades. Em outras palavras, diz respeito ao estudo do comportamento individualizado dos mais diversos agentes econômicos, como é o caso das famílias e ou mesmo das empresas, e as relações de mercado que entre eles se estabelecem. No presente estudo, o enfoque estará adstrito aos elementos que mais influenciam na existência do superendividado que, nesse caso, utilizará como base a Teoria do Custo de Transação, de Ronald H. Coase, a ser detalhada no Capítulo 4:

A teoria microeconômica tradicional, desenhada para o estudo dos mercados e das firmas, vistas como função de produção, tem sido acrescida pela perspectiva de uma família de teorias que tomam como base a visão contratual da firma. Assim, estão à disposição do pesquisador e do praticante a Economia dos Custos de Transação, a Teoria da Agência, a Teoria com Base em Recursos, a Teoria dos Direitos de Propriedade, entre outras. (COASE, 2022, p. 85)

A microeconomia busca analisar sob uma ótica individual, ou seja, será feita uma análise acerca da produção, do investimento e até mesmo do consumo do sujeito individualmente considerado. Leva-se em conta o comportamento do indivíduo no conjunto das relações econômicas e de política monetária.

Os contratos de crédito ao consumidor, sob a ótica microeconômica, estão ligados à autonomia da vontade das partes, ou seja, os indivíduos negociam seus interesses sobre os direitos que existem. Sob a ótica macroeconômica, os mesmos indivíduos, consumidores e fornecedores, e os políticos, os lobistas, os formadores de opinião, os membros do Poder Judiciário, negociam sob as normas jurídicas, no caso em estudo, o Código de Defesa do Consumidor.

Rachel Sztajn explica que “a Economia pode contribuir para o aperfeiçoamento na formulação de normas jurídicas”. Para a autora, a legislação pode ser um estímulo, visto que,

as pessoas são motivadas a comportamentos mais racionais na medida em que as leis prevejam prêmios e incentivos, tal lógica se aplica perfeitamente nas relações de consumo, e ainda, na prevenção ao superendividamento, conforme será mais detalhado ao longo do trabalho. (ZYLBERSZTAJN, DECIO; SZTAJN, RACHEL, 2005, p.6)

Neste trabalho, como já dito, a Teoria do Custo de Transação de Ronald Coase, fundador da Escola de Chicago, será a base para a construção do plano de pagamento do consumidor superendividado.

O conjunto das análises relacionadas à macroeconomia e à microeconomia, no que se refere à caracterização, às possibilidades de reabilitação e aos meios a serem empregados para tanto, será abordado em diversos momentos do presente trabalho. Faz-se necessária uma verificação desses institutos no contexto da formação do quadro que permite o surgimento do superendividado, bem como na possibilidade de equacionamento do problema e as diversas soluções possíveis para os casos existentes.

A criação de políticas públicas de tratamento do consumidor superendividado, priorizando e estimulando a participação dos atores envolvidos nas soluções pacíficas e consensuais de solução de conflitos, deixando o ajuizamento de ações, com todo custo e desgaste que dela decorrem para casos excepcionais, tem como consequência, além de realizar o resgate do consumidor para o mercado de consumo, também o de garantir a higidez micro e macroeconômica do mercado.

1.2. CONCEITO DE CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Antes de adentrarmos no conceito de consumidor superendividado, é importante entender como a doutrina consumerista, e a própria legislação, entendem o conceito de consumidor.

Assim, há 3 (três) principais teorias que buscam estabelecer os elementos definidores do conceito de consumidor: a teoria maximalista, teoria finalista e a teoria finalista aprofundada ou mitigada.

Para a teoria maximalista, consumidor é toda e qualquer pessoa física ou jurídica que adquire determinado produto ou o serviço do mercado, utilizando ele a condição de destinatário final, sendo irrelevante se a pessoa adquire ou utiliza o produto ou serviço para o uso particular ou para o uso profissional, isto é, visando a realização de lucro.

Os defensores dessa doutrina, o artigo 2º, ao definir consumidor como “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, deve ter

uma interpretação extensiva. Para tal teoria, pouco importa se a pessoa física ou jurídica objetiva lucro no momento de aquisição de determinado bem ou serviço, sendo desconsiderada a análise de vulnerabilidade de uma das partes do ajuste. Melhor dizendo, desde que o destinatário final retire o bem ou serviço do mercado de consumo, será considerado consumidor. E só não será enquadrado nessa condição se a aquisição fizer parte de uma cadeia de produção, reinserindo o bem, posteriormente, no mercado de consumo.

A segunda teoria é a finalista que decorre de uma interpretação mais restrita, literal do CDC, no qual consumidor é aquele que adquire o produto ou serviço retirando-o do mercado, tendo seu uso restrito à esfera particular, e não profissional. Em outras palavras, consumidor é a pessoa, física ou jurídica, que adquire o bem ou serviço para uma finalidade não profissional.

Já para a teoria denominada de finalismo aprofundado, o consumidor será aquele que adquire o bem ou serviço tanto para uso particular quanto para o uso profissional, sendo necessária apenas a existência de vulnerabilidade do adquirente frente ao fornecedor do bem ou serviço. Entende-se que a grande distinção da teoria mista para a teoria maximalista é que a primeira exige a demonstração de vulnerabilidade entre adquirente e fornecedor, sendo que nesta última a vulnerabilidade é presumida.

Na jurisprudência, os Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, adotam o finalismo aprofundado, com a denominação finalismo mitigado como foco a vulnerabilidade em concreto, seja no aspecto fático, econômico, técnico e informacional do consumidor frente ao fornecedor.

Já a Lei 14.181/21, ao tratar do conceito de superendividamento, adotou o entendimento expresso no artigo 54-A, §1º: “Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Verifica-se que a Lei preocupou-se em conceituar o consumidor superendividado, que está sob sua proteção, desde que cumpridos alguns requisitos: (i) que a impossibilidade de pagamento seja manifesta, ou seja, que o consumidor não tenha outros bens ou rendimentos que possam garantir o pagamento; (ii) serão abrangidas apenas as dívidas de consumo, excluídos financiamentos com garantia real ou fiduciária; (iii) na análise da situação de superendividamento serão consideradas as dívidas vencidas e vincendas; (iv) será assegurado ao consumidor o direito ao mínimo existencial, que será mais bem detalhado no item 1.4.1.

Em 26 de julho de 2022, o Governo Federal publicou o Decreto nº 11.150/22, que, além de regulamentar o Mínimo Existencial, conceituou com maior detalhamento o consumidor

superendividado, tal como que serão consideradas “dívidas de consumo os compromissos financeiros assumidos pelo consumidor pessoa natural para a aquisição ou a utilização de produto ou serviço como destinatário final”; ou seja, estarão excluídas as dívidas decorrentes de aval ou fiança.

Ainda sobre o conceito de superendividados, releva destacar a distinção que a doutrina faz entre endividados ativos e passivos.

Endividados ativos são aqueles que contraíram crédito além de sua capacidade de pagamento e que encontraram dificuldades no pagamento das dívidas; segundo a doutrina, são divididos em duas categorias: ativo consciente e ativo inconsciente.

O endividado ativo consciente é aquele que, desde o início da relação contratual de consumo, tem a intenção de se tornar um inadimplente, ou seja, é o consumidor que age de forma sub-reptícia, de má-fé e, nesse caso, não está amparado pela lei.

O consumidor endividado ativo inconsciente é aquele que age impulsivamente, sem planejamento e, após, encontra-se em um estado de insolvência.

Endividados Passivos: são os consumidores que não contraíram mais dívidas do que podiam arcar, mas que se encontraram sem possibilidade de pagamento por conta de circunstâncias imprevistas como desemprego ou doença.

Geraldo de Faria Martins da Costa acerca deste conceito esclarece que o endividamento passivo decorre de infortúnios imprevisíveis que diminuem a capacidade de pagamento do devedor:

[...] o superendividamento passivo resulta de uma diminuição fortuita dos recursos do devedor, seguida de eventos imprevisíveis no momento em que as dívidas foram contratadas: desemprego, doença, acidente, óbito do cônjuge ou do concubino, divórcio ou separação. (COSTA, 2012 p. 118).

Assim, o consumidor superendividado protegido pelo CDC será a pessoa natural, ativo inconsciente ou passivo, de boa-fé, que comprove a impossibilidade manifesta de pagar suas dívidas de consumo, vencidas ou vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial.

1.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM A EXISTÊNCIA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Constituem fundamentos da Ordem Econômica Constitucional: a Livre Iniciativa e a Valorização do Trabalho Humano com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa e a justiça social, observados os seguintes princípios: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii)

função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor (que é o foco deste trabalho); (vi) defesa do meio ambiente; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; (ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A Livre Iniciativa, ou Livre Concorrência, pode ser entendida como um dever do Estado de reprimir o abuso do poder econômico que denote a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º da CF/88¹) e a Valorização do Trabalho Humano está estreitamente ligada à Livre Iniciativa, tanto em razão de sua interdependência quanto em razão da inibição ao abuso do poder econômico sobre a parte hipossuficiente, vez que a relação entre capital e trabalho deve ser simbiótica e equilibrada, visto que uma depende da outra para o desenvolvimento econômico, e a partir delas se extraem os princípios a serem observados, dentre eles a defesa do consumidor.

Importante ressaltar que os artigos 1º e 170 da Constituição Federal trazem a conjunção aditiva em seu texto, deixando claro que a Livre Iniciativa e a Valorização do Trabalho deverão caminhar juntas.

A partir dessas duas bases, Livre Iniciativa e Valorização do Trabalho, dispõe a Constituição Federal que deve ser observada a Defesa do Consumidor, no mesmo sentido de que seja coibido o abuso do poder econômico sobre a parte hipossuficiente, nesse contexto incluído o consumidor superendividado.

Fábio Konder Comparato explica que a Constituição Federal de 1988 apartou-se do modelo liberal clássico, o legislador e o administrador público deverão pautar-se nos princípios constitucionais para sua atuação, seja na função de fiscalização, incentivo ou planejamento:

O legislador ordinário já não é soberano em matéria de política econômica ou social, mas deve pautar suas decisões legislativas pelos princípios e diretrizes constantes do texto constitucional. Tais princípios e diretrizes não são apenas de caráter negativo, fixando limites intransponíveis à ação legislativa. Eles impõem, também, tanto ao administrador público quanto ao próprio legislador, um comportamento positivo, dirigido à consecução de objetivos determinados e ao desenvolvimento de programas de ação no campo social e econômico. (COMPARATO, 1991, p. 18)

Para compensar a desigualdade econômica, que pode ser acentuada em nome da Livre Iniciativa e do Desenvolvimento, cria-se em proveito dos consumidores uma série de

¹ A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

mecanismos legais com o objetivo precípua de compensar a desvantagem socioeconômica existente entre fornecedor e consumidor, a partir da conceituação de fornecedor e consumidor estabelecidos pelo CDC, tais como o princípio da vulnerabilidade, da intervenção estatal, da boa-fé objetiva, da informação, da transparência, da função social do contrato.

Nesse contexto do princípio da isonomia, podemos apontar que a própria existência do CDC tem como substrato resolver, mesmo que em parte, uma situação de discrepância sociocultural e econômica entre as partes que celebram o ajuste: fornecedor e consumidor.

A ideia central é trazer um reequilíbrio no cerne da negociação, seja em sua fase preliminar, seja na execução do contrato, ou até mesmo após finalizado o ajuste celebrado, na fase pós-contratual.

É importante ressaltar que a própria existência do CDC decorre da necessidade de se colocar em prática o princípio da isonomia, entendido não como uma criação de vantagens, mas, sim, como a adoção de medidas com o fim de estabelecer um equilíbrio entre as partes do ajuste celebrado. Essa ação decorre da própria vulnerabilidade de uma das partes, no caso do consumidor, que comumente ocorre em uma relação de consumo.

Desse modo, o CDC estabelece algumas diretrizes, tal como a expressa no artigo 47 do CDC, que estabelece que as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Verifica-se, pois, que a função precípua do CDC é estabelecer um equilíbrio entre as partes contratantes, em razão da indigitada vulnerabilidade.

Neste ponto, importante ressaltar o contexto histórico que culminou com a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Na Idade Média, os regulamentos das corporações de ofício autorizavam o monopólio tanto da fabricação quanto da comercialização, bem como se valiam de métodos de neutralização da concorrência e captação de clientes.

Com a Revolução Francesa e o fim das corporações de ofício (Lei Le Chapelier, 1791), emerge o desejo da burguesia de expansão dos mercados, das trocas, enfim, da liberdade econômica que abriu espaço para o sistema de mercado e o fim dos privilégios.

Da Livre Iniciativa, nascem conceitos como a Autonomia da Vontade das Partes, *Pacta Sunt Servanda*, principal pilar da economia de mercado e esteio à livre concorrência, pois as trocas são favorecidas e os contratos instrumentalizados pelos agentes econômicos com repulsa a privilégios.

A sociedade somente existe porque há trocas, isto é, porque os agentes econômicos podem buscar a satisfação de suas necessidades.

(...)

Os contratos instrumentalizam esse processo, pois dão às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo da contratação. A autonomia privada é, assim, viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento. (FORGIONI, 2012, p. 170).

Com a evolução do mercado e da sociedade, a massificação dos contratos começa a colocar limites à autonomia da vontade das partes. Aqui importa destacar o Código de Direito do Consumidor em 1990:

Com o passar do tempo, o nicho da liberdade de contratar diminui, premido por traços provenientes de novos ramos do Direito, como o consumerista, o concorrencial, o ambiental; preocupações de índole social e políticas públicas represam-na cada vez mais. (FORGIONI, 2012, p. 171).

Para Cláudia Lima Marques a lei estabelece os contornos, os limites para a autonomia da vontade:

A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a autorregulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. (MARQUES, 2002, p. 226-227.)

Ainda segundo a autora o Código de Defesa do Consumidor passa a limitar a autonomia da vontade dos contratantes:

No Brasil, a intervenção estatal nas relações de consumo deu-se justamente através da imposição pelo novo Código de Defesa do Consumidor, de normas imperativas. Estas normas cogentes (art. 1º do CDC), em matéria contratual, limitam o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, impondo deveres aos elaboradores dos contratos, criando novos direitos para os consumidores e tutelando determinadas expectativas dos contratantes, oriundas da sua confiança no vínculo contratual. (MARQUES, 2002, p. 586.)

Importa ressaltar que os contratos passíveis de repactuação, sob a égide da Lei do Superendividamento, serão os efetivados com pessoa natural, destinatária final dos bens e serviços, de boa-fé, sem garantia real ou fidejussória, que não se refiram a financiamentos e refinanciamentos imobiliários, de crédito rural, ou com recursos do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), dívidas já renegociadas (artigo 104-A do CDC), os tributos e despesas condominiais, os empréstimos consignados em folha de pagamento, os decorrentes de desconto de títulos, os limites não utilizados de cheque especial e linhas de crédito pré-aprovadas.

Portanto, basicamente, serão repactuadas as dívidas de cartão de crédito, cheque especial utilizados e empréstimos pessoais sem garantia.

Delimitado o objeto da lei sob análise, qual seria a relação entre a Liberdade Econômica e o Consumidor Superendividado?

Nesse contexto, cabe inicialmente mencionarmos a importante a lição do professor José Afonso da Silva, ao definir os Princípios de Integração: a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego “porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social” (SILVA, 2006, p. 796).

O sistema de economia de mercado estimula o consumo e a disputa entre os agentes econômicos que, para atrair o maior número de consumidores, se valem das mais variadas estratégias, tais como a criação de demandas.

O marketing e a tecnologia e, mais recentemente, as redes sociais, vendem a ideia de bem-estar, associada ao consumo de bens e serviços. Assim, para proporcionar a realização pessoal, ou tão somente o suprimento de itens básicos, os agentes econômicos fornecem a facilidade do acesso ao crédito, muitas vezes de forma irresponsável, pois, assumindo o risco do inadimplemento “controlado”, por vezes fornecem, v. g., cartões de crédito com base em histórico de consumo, o chamado *Credit Scoring*.

O STJ, no julgamento do Resp. 1.419.697/RS, reconheceu a possibilidade de utilização do *credit scoring* sem o prévio consentimento do interessado para avaliar e pontuar o consumidor que deseja obter empréstimos, levando em conta suas características pessoais e profissionais, ou seja, os limites de crédito são calculados com base em dados coletados pelos fornecedores de crédito, e não pelo próprio consumidor, que muitas vezes se utiliza inconscientemente do crédito sem o devido planejamento.

Outras causas do superendividamento são a perda do emprego, emprego precário ou informal, invalidez temporária ou permanente, enfermidade séria ou crônica que gere gastos

com tratamentos e medicamentos, divórcio ou dissolução de união estável, viuvez ou alguma circunstância especial.

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve fiscalizar, incentivar e planejar (art. 174 da Constituição Federal de 1988) a aplicação da novel lei e a implementação de políticas públicas de combate ao superendividamento.

A Lei do Superendividamento consolida, no Direito do Consumidor, o dever dos credores de possibilitarem os meios de recuperação do devedor superendividado, e, em contrapartida, permitir que ele retorne ao mercado de consumo, retroalimentando de forma sustentável o ciclo econômico.

Os Princípios Econômicos, portanto, exercem uma relação direta com a Defesa do Consumidor Superendividado, uma vez que a Lei 14.181/2021 pode aperfeiçoar o sistema econômico, motivando a produção, fomentando a oferta e a demanda, a qualidade dos produtos, o controle da inflação, o que denota o interesse comum de toda sociedade de que esse consumidor superendividado, de boa-fé, tenha uma nova chance.

1.4 DIREITOS E GARANTIAS DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

A Constituição de 1988 assegurou que o Estado promoverá, “na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), e haverá responsabilidade por eventuais danos a eles (art. 24, VIII), e também o consagrou como Princípio da Ordem Econômica: “a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, V).

Se, de um lado, existem normas protetivas do consumidor, de outro, a Constituição Federal declara como direitos fundamentais a propriedade privada, a livre concorrência, o que aparentemente seria antagônico. Entretanto, essas forças são capazes de abrir espaço para que a sociedade possa construir um contexto de debate das situações fáticas que comportem a avaliação objetiva, empírica do que aconteceu e do que está acontecendo, possibilitando uma viragem ontológica da perspectiva do direito numa linguagem criadora de significado, para que a sociedade se aproprie dessa força normativa, construindo situações mais adequadas e harmônicas.

Nesse sentido, Konrad Hesse explica que “Tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática” (HESSE, 1991, p. 10).

Nesse ponto, importa ressaltar a lição de Ferdinand Lassale, de que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas” (HESSE, 1991,

p. 9), para ele, a constituição jurídica é somente um pedaço de papel, pois está limitada à constituição real. Ou seja, se considerarmos que a defesa do consumidor é uma norma de eficácia limitada, a exemplo do artigo 5º, XXXII da Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, ela não teria força normativa sem a lei correspondente, no caso, o Código de Defesa do Consumidor.

Konrad Hesse discorda da posição de Lassale, pois entende que a própria Carta Magna tem força normativa, que ela expressa as relações de poder, é capaz de colocar o debate numa centralidade e a proteção do que ela declara:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 15).

Para Konrad Hesse, é o princípio da necessidade que dará eficácia, poder e prestígio à norma constitucional, e a defesa do consumidor superendividado tornou-se fundamental, uma vez que sem consumo não há mercado, pois não há sentido para a produção, ou seja, o Direito Constitucional não poderá ficar divorciado da realidade:

O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. (HESSE, 1991, p. 29).

A Lei 14.181/21 coaduna com os princípios constitucionais da “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III, da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (Art. 5º, XXXII, da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Art. 3º, III, da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de “assegurar a todos existência digna” (Art. 170 da CF/1988).

A exigência da preservação do mínimo existencial também consta expressamente em dois novos capítulos incluídos pela Lei nº 14.181/2021 no Código de Defesa do Consumidor (§ 1º do artigo 54-A, no capítulo VI-A; caput do artigo 104-A e §1º do artigo 104-C, no capítulo V), o que reforça a sua essencialidade na nova sistemática adotada pela legislação consumerista para a prevenção e tratamento do superendividamento da pessoa física de boa-fé.

A nova lei incluiu dois novos incisos ao artigo 51 do CDC para complementar a lista de cláusulas consideradas nulas de pleno direito, prevendo entre elas as que: XVII – condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, o que reforça os incisos VII e VIII do artigo 6º do mesmo diploma legal e XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores.

A lei do superendividamento trouxe os pressupostos fáticos e jurídicos de incidência, existência e validade da repactuação das dívidas decorrentes das relações de consumo, com o objetivo de resgatar o equilíbrio da relação contratual, tendo como suporte fático a ocorrência de fato superveniente à obrigação, à cooperação, à boa-fé e à garantia ao mínimo existencial, princípios já consagrados na Constituição, nesse sentido, Konrad Hesse leciona que “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 16).

Acerca da norma como fato jurídico, temos a lição do mestre Pontes de Miranda:

A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é edictar a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula. O que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático, conceito da mais alta relevância para as exposições e as investigações científicas. (MIRANDA, 1974, p. 4).

Quanto ao plano da eficácia, Pontes de Miranda, trata da Teoria do Fato Jurídico, esclarecendo que a função do direito é estabilizar as relações:

O direito, com a dose de elemento estabilizador que o caracteriza, promete o que é, juridicamente, continuará de ser, ou que produzirá tais e tais efeitos. Ou o que é continua, até que produza os efeitos; ou continua de ser e de produzir. (...)

A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. (MIRANDA, 1974, p. 5).

Marcelo Gomes Sodré afirma que o Brasil tem muito ainda a melhorar com relação à proteção constitucional dos consumidores quando comparada a outros países, pois, não há, v.g., na Constituição Federal um capítulo específico a respeito da defesa do consumidor como existe com outros direitos difusos: meio ambiente (art. 225 da CF) e criança e adolescente (art. 227 da CF):

Um verdadeiro sistema de proteção do consumidor deve ser um sistema constitucional de defesa do consumidor. E é nesse aspecto que o Brasil tem muito a melhorar. Comparando a Constituição Federal do Brasil com a de outros países, salta aos olhos a nossa fragilidade. (SODRÉ, 2009, p. 121).

No caso do superendividamento, a Constituição por si só não poderia realizar nada, mas ela se tornou uma força ativa ao estabelecer premissas para o aprimoramento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente com a edição da Lei 14.181/21.

Assim, modernamente, a força normativa da constituição não está apenas no poder desta de ser a base para a criação de normas infraconstitucionais ou mesmo de ser vetor de interpretação de referidos dispositivos. Trata-se essa força da convergência de diversos fatores, dentre eles a expressão política da sociedade naquele momento. Mais que isso, trata também de uma construção histórica de uma sociedade com seus valores, costumes e ideal de desenvolvimento sociopolítico.

Outrossim, podemos extrair do Código de Defesa do Consumidor, aprimorado pela nova Lei do Superendividamento, os direitos que serão tratados a seguir.

1.4.1 Direito ao mínimo existencial

O mínimo existencial é um direito fundamental social fundamentado na garantia da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Ele deve corresponder aos direitos sociais elencados no artigo 6º da Carta Magna, ou seja: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Pode-se ter uma ideia da importância do conceito e das consequências jurídicas do direito ao mínimo existencial ao verificarmos que a expressão foi mencionada 5 (cinco) vezes na Lei 14.181/21.

Nesse diapasão, vale citar o contexto em que o termo foi utilizado pelo legislador nessa norma: (i) ao citar os direitos básicos do consumidor: XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento; e XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; (ii) no artigo 54-A, §1º que trata da prevenção e do tratamento do superendividamento, conforme acima citado; (iii) ao tratar dos aspectos processuais em especial na conciliação no superendividamento nos seguintes artigos: art. 104-A - A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz

poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, no qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas; e artigo 104-C, §1º - Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

A reiterada menção do mínimo existencial na Lei 14.181/21 denota a importância de se preservar a subsistência, a dignidade da pessoa humana, a manutenção do consumidor no mercado.

O mínimo existencial, nesse contexto, pode ser considerado o conjunto de recursos disponíveis ao consumidor para sua subsistência e de seus dependentes, fator indispensável para sua sobrevivência e exercício de sua liberdade em sentido amplo.

De acordo com Ricardo Lobo Torres o mínimo existencial como direito social está associado à sobrevivência com dignidade destacando que deve se buscar o equilíbrio entre liberdade e justiça:

A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua *jusfundamentalidade* ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade, b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos essenciais na via das políticas públicas do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas em sua profundidade. (TORRES, 2009, p. 53).

Ainda para Torres o mínimo existencial deve ser protegido contra intervenções estatais e garantido por prestações estatais:

O mínimo existencial é o direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se implicam

mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa. (TORRES, 2009, p. 184).

O Decreto nº 11.150/22, publicado em 26/07/2022, regulamentou o Mínimo Existencial, considerando a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a vinte e cinco por cento do salário-mínimo vigente na data de sua publicação, ou seja, R\$ 303,00 (Trezentos e três reais), e o reajustamento não acompanharia o reajuste do salário mínimo, mas seria efetuado pelo Conselho Monetário Nacional.

No dia 20 de junho de 2023 o Presidente da República publicou o Decreto nº 11.567/23, que ampliou o valor do mínimo existencial para R\$ 600,00 (seiscentos reais) e revogou o artigo 3º, § 2º do Decreto nº 11.150/22 que não permitia que o reajuste desse valor acompanhasse o reajuste do salário mínimo.

De acordo com o Dieese, em 2022 o salário-mínimo ideal para atender às necessidades básicas deveria ser de R\$ 6.527,67 (junho/2022)², portanto o mínimo existencial ainda não deverá garantir a dignidade da pessoa humana, pois não se mostra suficiente para assegurar os direitos sociais, sequer o direito à alimentação.

Como bem salientado por Ingo Wolfgang Sarlet, a Dignidade da Pessoa Humana figura não somente no artigo 1º, III da Constituição Federal, mas ainda como condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF), também de forma brilhante define o mínimo existencial:

Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira da farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou à uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais. (SARLET, 2007, p. 464).

² https://idec.org.br/sites/default/files/nt_minimo_existencial.pdf, consulta em 12/02/2023 às 23h12min.

Rizzatto Nunes também compartilha e comunga do mesmo entendimento, citando o Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Foi o *jusambientalista* brasileiro Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo que usou a expressão “mínimo vital”, com cujo conteúdo concordamos. Diz o professor que, para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao caput do art. 225.

Tais normas dispõem, *verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De fato, não há como falar em dignidade se esse mínimo não estiver garantido e implementado concretamente na vida das pessoas.

Como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade? (NUNES, 2021. p. 69)

De todo modo, a inserção do direito ao mínimo existencial no Código de Defesa do Consumidor eleva a discussão, no que tange aos direitos à assistência e previdência social, para o âmbito das relações privadas, e que agora passa a ser assegurado nas renegociações dos superendividados.

1.4.2 Direito de lealdade e boa-fé nas relações de consumo

Inicialmente, é importante destacar que existem duas modalidades de boa-fé nas relações contratuais: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva é aquela vinculada apenas à intenção das partes, deixando de lado a própria conduta dos sujeitos da relação. Ao falarmos em boa-fé objetiva, no entanto, tratamos da ação humana, da conduta das partes no plano concreto na execução da relação contratual.

No que se refere às relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor trouxe um regramento próprio para o tema ao trazer o princípio da boa-fé como diretriz, norteador e verdadeira regra de conduta de toda a relação de consumo, inclusive para a configuração da tutela do devedor superendividado. Isso é verificado, v.g., quando há expressa menção no artigo 4º, inciso III, no artigo 51, IV, artigo 54-A, §1º do CDC. O Código Civil de 2002, por seu

turno, consolidou a boa-fé objetiva ao buscar uma visão mais solidária e equilibrada nas relações contratuais.

Nesse contexto, as relações firmadas entre devedor e credor deverão pautar-se na boa-fé, que se apresenta como uma conduta de lealdade e correção que se espera da outra parte.

O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*³, a possibilidade de arguir-se a *exceptio doli*⁴, a proteção contra as cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações do princípio. (GRINOVER et al., 1998, p. 351)

Quando da cobrança da dívida, importante a observância da norma prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

A norma não proíbe a cobrança, mas os excessos que poderão ser cometidos pelos credores, que obviamente vão querer de volta o que emprestaram, já que o crédito é um indutor da sociedade de consumo.

O intuito da norma é proteger a privacidade e a imagem pública do consumidor, portanto, não se pode cobrar o consumidor por meio de terceiros, mas tão somente em casos excepcionais para obtenção de informações de contato e endereço do devedor.

Importa ainda lembrar que a cobrança de dívidas com ameaças, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo, ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer, implica crime tipificado no artigo 71 do Código Penal.

Outro aspecto relevante, que deverá ser observado, diz respeito ao assédio de consumo, pois se trata de verdadeiro vício de adequação e lealdade a que o consumidor deve ser resguardado.

As vedações expressas no artigo 54-A do CDC também são mecanismos de prevenção ao superendividamento, e são elas: (i) a oferta de crédito sem consulta aos serviços de proteção ao crédito e sem avaliação da situação financeira do consumidor; (ii) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; (iii) assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou

³ Expressão do latim que significa: os contratos devem ser cumpridos.

⁴ Expressão do latim que significa: exceção do dolo.

crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; (iv) condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

Importa destacar a importância dessas questões quando da análise da situação do superendividado e a responsabilidade do fornecedor de crédito, pois a proteção do consumidor deve acontecer desde a fase de formação do contrato, e para que isso ocorra de forma satisfatória, a nova lei trouxe alguns mecanismos preventivos que deverão ser observados.

Ainda acerca da boa-fé, lealdade e da vedação ao assédio de consumo, temos a legislação que previa a possibilidade de concessão de crédito consignado (Lei 1.046/50) aos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social.

Desse modo, essa modalidade de empréstimo, desburocratizada, sem riscos para o fornecedor, na medida em que permite que o valor da prestação seja diretamente debitado do benefício pago, tornou os aposentados e pensionistas alvos de publicidade agressiva e do assédio de agenciadores das instituições financeiras.

Os sedutores argumentos, como a concessão de crédito de modo rápido e fácil, sem consulta prévia aos órgãos de proteção ao crédito e ainda acessível para os que possuem restrição junto a eles, o prazo de até 60 meses para pagamento e as menores taxas de juros, levaram milhares de aposentados e pensionistas a procurarem o empréstimo consignado.

A Lei 14.181/21 acrescentou o § 3º ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), deixando expresso que os fornecedores de crédito não incorrerão em crime se negarem a concessão de crédito motivada por superendividamento da pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), no seu art. 96, tipifica como crime, com pena de reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, a discriminação da pessoa idosa, seja 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.

A alteração legislativa, desse modo, visa frear a atuação abusiva de instituições financeiras que concedem crédito, de forma irresponsável e prejudicaram imensamente considerável parcela vulnerável da população justamente na fase de suas vidas em que precisam de maior atenção e cuidado.

1.4.3 Do direito à exclusão do banco de dados de inadimplentes e direito de fruição

O consumidor superendividado, que já está discutindo as dívidas em juízo, tem direito à exclusão do seu nome do banco de dados de inadimplentes e não poderá perder o direito de fruição ao crédito e meios de pagamento, sob pena de indenização por danos morais.

Em fevereiro de 2020, a Terceira Turma flexibilizou a aplicação da Súmula 385⁵, no julgamento do **REsp 1.704.002**, reconhecendo o dano moral decorrente da inscrição indevida na hipótese de um consumidor que, apesar de ter outras inscrições negativas, moveu ação judicial para questionar outras inscrições negativas. Para o colegiado, ainda que nem todas as ações tivessem transitado em julgado, havia elementos suficientes para demonstrar a verossimilhança das alegações do consumidor, sendo, portanto, possível reconhecer o dano moral pela inclusão indevida. A relatora do caso, a ministra Nancy Andrighi, entendeu que há casos em que o consumidor pode ficar em situação excessivamente desfavorável, especialmente quando as ações que questionam os débitos e pedem a compensação por danos morais forem ajuizadas concomitantemente.

Não se pode admitir que seja dificultada a defesa dos direitos do consumidor em juízo, exigindo-se, como regra absoluta, o trânsito em julgado de todas as sentenças que declararam a inexigibilidade de todos os débitos e, conseqüentemente, a irregularidade de todas as anotações anteriores em cadastro de inadimplentes para, só então, reconhecer o dano moral.⁶

A Lei do Superendividamento também mencionou a exclusão do banco de dados de inadimplentes em caso de conciliação (artigo 104-A, § 4º, III), bem como em caso de acordo extrajudicial realizado perante os órgãos públicos de defesa dos consumidores (artigo 104-C, §2º).

A prática recente brasileira demonstrou, porém, que estes bancos e a utilização, por vezes, maliciosa, outras vezes, negligente destes bancos por fonecedores estão a causar grandes e reiterados danos aos consumidores. Muitas vezes, apesar do consumidor estar discutindo judicialmente o valor da dívida, estes bancos de dados já incluem o consumidor como inadimplente, causando claro dano moral, já identificado em todas as instâncias, inclusive no STJ – REsp. 172.854-SC, que afirma: “Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei 8.078/90, o registro do nome do consumidor em

⁵ SÚMULA N. 385 - Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20092020-Conflitos-entre-a-protecao-ao-credito-e-a-defesa-do-consumidor.aspx>. Acesso em: 19 jan. 2023.

cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é objeto de discussão em Juízo. (MARQUES, 2002, p. 692).

Quanto ao direito de fruição, o novel inciso XVIII do artigo 51 do CDC proíbe a estipulação de carência para os casos de impontualidade das prestações mensais, ou as que impeçam o restabelecimento integral dos créditos e meios de pagamento após a purgação da mora ou do acordo com os credores, ou seja, após o consumidor haver pago, com atraso, as parcelas vencidas

Veja-se, não se trata de afastar a legalidade de cláusulas de suspensão de fruição de direitos na pendência da situação de inadimplência, mas de estipular carências e não restabelecer o crédito imediatamente após a purgação da mora.

1.4.4 A execução dos contratos de crédito na Lei do Superendividamento

Em regra, nos contratos de crédito ao consumo, a obrigação do mutuário é reembolsar o capital emprestado no prazo convencionado, acrescido dos juros pactuados, sob a ameaça de cláusulas penais.

Em se tratando do superendividamento, ainda que não tenha havido conciliação, poderá, no curso do processo, nomear administrador que apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou atenuação dos encargos, conforme previsão do artigo 104-B, §3º do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Em relação às multas de inadimplemento, segundo o artigo 413 do Código Civil brasileiro: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

Outra norma que poderá ser aplicada nos processos por superendividamento é a declaração de nulidade de cláusulas que preveem a perda das parcelas pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado, exceto no caso de consórcio, em que poderá haver desconto nas parcelas já pagas referente à vantagem econômica pela fruição do bem e quanto aos eventuais prejuízos causados ao grupo (art. 53, caput e §2º CDC).

⁷ § 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos.

Com relação às cláusulas resolutórias, segundo a lição da Professora Cláudia Lima Marques, “só serão permitidas se alternativas, cabendo a escolha ao consumidor e não ao fornecedor”. Comentando o disposto no § 2º do art. 54 do CDC nos ensina que:

Ao assegurar a escolha ao consumidor, segue o CDC a doutrina internacional que, em contratos “pós-modernos”, cativos, de longa duração, massificados e de grande importância social, impede a rescisão, mesmo com causa pelo fornecedor, e transfere a decisão para o consumidor, que pode optar pelo “aumento” das prestações, pela sanção pelo seu descumprimento contratual, até mesmo por alguma modificação do plano para adaptá-los às novas circunstâncias, mas optando, ao mesmo tempo, pela manutenção (e não resolução) da relação jurídica de consumo. (MARQUES; CAVALLAZZI; LIMA, 2016, p. 69).

Portanto, observa-se que as normas de proteção do consumidor superendividado ultrapassam a novel Lei 14.181/21, de forma a recuperar o equilíbrio da relação contratual, garantir o mínimo existencial e possibilitar o pagamento das obrigações contraídas de boa-fé.

2 O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E SUA RECUPERAÇÃO FINANCEIRA

A situação extremamente particular em que se encontra o consumidor superendividado evidencia a necessidade de um tratamento diferenciado no que concerne às medidas necessárias para sua recuperação financeira. Analisaremos as medidas legislativas existentes e como elas podem tornar possível a recuperação de quem se encontre nessa situação. Desse modo, o legislador criou uma série de mecanismos para que sejam atendidos determinados princípios que norteiam a relação consumerista, e que refletem de forma ainda mais incisiva na situação do superendividado, como é o caso do princípio da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de crédito, ou mesmo em relação ao princípio da proteção do consumidor, princípio do qual advém também os princípios da responsabilidade objetiva e o princípio da inversão do ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor traz a estrutura de pré-contrato, contrato e pós-contrato que deve ser observada no processo de contratação, o que nem sempre é feito, e disso decorre o primeiro passo para definir quais contratos serão abrangidos ou excluídos da repactuação. Nesse passo, embora a doutrina realize diversas classificações acerca dos contratos, entende-se importante analisar, para o objeto do presente trabalho, a distinção realizada entre contratos paritários e contratos por adesão.

A definição clássica afirma que o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Em outras palavras, sempre que um determinado negócio jurídico depender da vontade dos contratantes, estamos diante de um contrato. Nesse contexto, podemos definir que os contratos paritários são aqueles em que as partes estão em situação de igualdade, no que tange ao princípio da autonomia de vontade, ou seja, as partes discutem os termos do ato do ajuste e de forma totalmente livre se vinculam, determinando as cláusulas reguladoras do ajuste celebrado.

Já em relação aos contratos por adesão, por sua vez, a maior característica é a ausência da liberdade de escolha, vez que excluem a possibilidade de discussão sobre os termos do ajuste, ou seja, uma das partes está limitada em seu poder de escolha, em seu poder de tomada de decisão das cláusulas contratuais, podendo apenas aderir, aceitar os termos constantes no ajuste, termos esses integralmente e previamente elaborados pela outra parte, ou recusá-los em sua integralidade. Nesses contratos temos uma importante incidência do artigo 47 do CDC, em relação à interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Importante destacar, contudo, que parte da doutrina entende que o contrato de adesão não é uma modalidade de contrato, mas sim uma técnica de formação do contrato.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Júnior (et al.):

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual, ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação de contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.” (GRINOVER et al., 1998, p. 360).

Diferentemente dos contratos paritários, em que ocorre uma fase preliminar de negociação das cláusulas, ou mesmo modificações posteriores devidamente negociadas, nos contratos de adesão têm-se a elaboração por apenas uma das partes do ajuste das cláusulas do contrato. Nessa situação, a parte aderente, usualmente o consumidor, tem como única possibilidade aceitar o contrato conforme lhe é apresentado, inexistindo para ele qualquer possibilidade de alteração. Temos, assim, que o consumidor, nessa modalidade de ajuste, possui uma restrição em sua prerrogativa para debate das cláusulas existentes, encerrando suas possíveis manifestações de vontade na aceitação ou rejeição total do termo contratual que lhe é apresentado, vale dizer, cabe ao contratante a diminuta manifestação de dizer se quer ou não contratar, e nada mais.

Posto isso, ressaltamos que essa análise do contrato por adesão tem grande importância para o presente trabalho, vez que, não em sua totalidade, mas em grande parte, os contratos consumeristas são realizados sob essa modalidade, bem como em muitos casos a situação do superendividado decorre dessa modalidade de ajuste.

2.1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA FASE DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO

Para analisar toda a proteção criada em torno do consumidor, deve-se iniciar pela fase pré-contratual, que nasce da vontade de contratar, ou seja, que tem seu início com o exercício da autonomia da vontade.

Diferentemente dos contratos privados, da visão clássica do Direito das Obrigações, em que a autonomia da vontade pode ser vista sob uma visão tríade: liberdade de contratar, liberdade de estabelecer as cláusulas contratuais, e liberdade de estipular os efeitos pretendidos com o ajuste celebrado, ou seja, cabe aos contratantes, caso não seja violada norma cogente, de ordem pública, de estabelecerem um ajuste da forma que melhor lhes convierem. Ainda sob esse prisma, deve-se mencionar que para essa modalidade contratual vigoram o princípio da força obrigatória entre as partes, bem como a teoria da imprevisão, da qual o contrato estabelece

uma verdadeira lei, com força imperativa entre as partes, sendo proibida a alteração unilateral do ajuste. Assim, o contratante está submetido ao brocardo *pacta sun servanda*, o contratante deve cumprir obrigatoriamente o ajuste celebrado.

O novo regramento dado aos contratos, trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, trouxe para o direito pátrio novas balizas para as diversas fases do ajuste, de sua formação ao seu encerramento, e o fez tanto positivando normas quanto trazendo novos princípios para o ordenamento. Nesse contexto, calha mencionar que princípio é a base de todo o ordenamento jurídico, não apenas ao estabelecer os parâmetros para criação de normas, mas especialmente sendo verdadeiro vetor de interpretação das normas existentes.

Acerca do tema, a preciosa lição da professora Cláudia Lima Marques:

Como podemos observar, o CDC acompanha a relação de consumo, regulando-a desde o momento da aproximação pré-contratual entre fornecedor e consumidor até o momento posterior ao cumprimento dos deveres principais do contrato. Ao decidir proteger só uma das partes contratantes, o parceiro contratual mais vulnerável, o consumidor, instituiu o CDC no Direito Brasileiro como uma nova noção de ordem pública, que prevalecerá inclusive em relação ao novo Código Geral, O CCBBr./2002, ordem pública de direção baseada no reconhecimento da necessidade de um equilíbrio obrigatório nos contratos de consumo.

O CDC impõe, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime legal quando da formação dos contratos, optando pelo método de imposição de novos direitos para os consumidores (art. 6.) e novos deveres para os fornecedores, deveres estes que podem ser sintetizados nos *topoi* transparência e boa-fé.

O Código impõe, igualmente, um novo regime de conduta dos fornecedores quando da execução dos contratos, instituindo novos deveres anexos e aumentando as garantias legais referentes aos produtos e aos serviços colocados no mercado, superando assim as barreiras do próprio contrato, para responsabilizar objetivamente toda a cadeia de fornecedores, tudo para alcançar a proteção da confiança depositada na sociedade de consumo.” (MARQUES, 2002, p. 1063).

A Lei 14.181/21 acrescentou mecanismos preventivos e protetivos ao consumidor, de forma a obstar o superendividamento pela simples falta de conhecimento. Mais que isso, as medidas preventivas e protetivas permitem a devida adequação do objeto da dívida, i.e., a aplicação das regras obrigatórias no momento de celebração do ajuste entre as partes. Instrumentos como direito à informação, clareza da informação, precisão na oferta, dentre outros, possibilitam que se previna a existência do consumidor superendividado. O objetivo desta normatização, além da criação de instrumentos de prevenção é também frenar toda e qualquer prática comercial abusiva.

Neste sentido, o professor Ricardo Morishita Wada explica a conduta do fornecedor, ainda que não esteja expressa na lei por ser considerada abusiva, caso haja lesão ao consumidor:

O conceito de práticas comerciais abusivas revela-se importante e necessário, como forma de amparar a elaboração do programa da norma para aqueles casos não veiculados de forma expressa na lei. Assim, considera-se práticas comerciais abusivas, a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado. (WADA, 2016, p. 158)

Posto isso, passemos à análise dos princípios que norteiam o novo regime legal trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, em especial no tocante à proteção do consumidor no momento de formação do contrato.

2.1.1 Princípio da transparência

Em relação ao princípio da transparência, temos que, na fase pré-contratual, deve existir pelo fornecedor uma obediência ao binômio informação e veracidade. O fornecedor, assim, deve não apenas trazer informações completas e claras ao consumidor. Por dever de lealdade, deve, nessa fase preliminar, ser autêntico na relação com o consumidor.

O art. 54 do Código brasileiro determina que o fornecedor de produtos e serviços deverá escrever os contratos de adesão em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor, devendo informar e esclarecer adequadamente, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento.

O fornecedor de crédito também deverá elaborar uma análise de crédito, de forma responsável, ponderando as condições de capacidade de pagamento do consumidor, mediante informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto no CDC e na legislação sobre proteção de dados.

Outra obrigação criada pela Lei 14.181/21 é o dever de informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Ainda no que se refere ao dever de informação, o art. 52 do CDC, obriga o fornecedor a informar, antes da formalização do contrato, o preço do produto ou do serviço em moeda

corrente nacional, o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, o número e periodicidade das prestações e sobre a soma total a pagar, com e sem financiamento.

O CDC também veda a publicidade enganosa (art. 37, § 1º). Ainda que por omissão (art. 37, § 3º), bastando que a mensagem publicitária seja capaz de induzir o consumidor em erro. Basta que a publicidade tenha potencial de ludibriar o consumidor, pois, não se exige que ocorra efetivamente o erro, nem tampouco a prova da intenção subjetiva do anunciante.

A doutrina explica-nos, ainda, o *princípio da transparência da fundamentação da publicidade*, que obriga o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manter, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem (arts. 36, parágrafo único e 69 do CDC).

O descumprimento de qualquer desses deveres, poderão acarretar a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

2.1.2 Princípio da boa-fé

A nova sistemática do CDC busca proteger o consumidor de práticas abusivas que possam ser cometidas pelo fornecedor, sempre tendo em vista a hipossuficiência do consumidor nesta relação. Neste diapasão, temos que o fornecedor, desde o início da oferta, do momento da publicidade do serviço ou produto, e durante toda a fase de execução do ajuste, deve agir com lealdade com o consumidor, especialmente por se tratar de uma transação em que há um desequilíbrio entre as partes, em razão da vulnerabilidade do consumidor.

Entretanto, a boa-fé também é dever do consumidor enquanto parte da relação jurídica. E isto, porque, deve-se verificar no caso concreto a intenção do consumidor no momento de celebração do ajuste, a fim de que sejam excluídos dos instrumentos de proteção ao consumidor aqueles que adquiriram a condição de inadimplentes conscientemente.

Conforme já tratamos, neste trabalho, no capítulo 1, item 1.4.2, pode-se verificar a má-fé do consumidor que desde o início da relação contratual de consumo, quando se verifica que ele tem a intenção de se tornar um inadimplente, é o endividado ativo consciente.

Portanto, a boa-fé objetiva, da qual decorre também o dever de cooperação do credor, tanto para garantir a prática do crédito responsável quanto para exigir a prestação de

informações e esclarecimentos aos consumidores, como forma de prevenção do superendividamento.

Neste ponto, releva destacar a expressa previsão deste princípio no artigo 4º, inciso III, do CDC em que o legislador aponta a harmonização dos interesses dos partícipes das relações de consumo, tendo como base nos princípios maiores da boa-fé e da isonomia.

O princípio da boa-fé na relação contratual consiste, portanto, na predisposição dos contratantes a agir com honestidade e firmeza de propósito, sem espertezas ou expedientes para impingir prejuízos ao outro, sob pena de nulidade.

2.1.3 Princípio da Equidade

Este princípio deve ser analisado em conjunto com princípio da boa-fé, e está relacionado aos eventuais abusos decorrentes da relação entre fornecedor e consumidor, em especial cláusulas contratuais que estabeleçam vantagem excessiva ao fornecedor e/ou desvantagem excessiva ao consumidor, ou seja, busca-se evitar uma exploração do consumidor durante o ajuste celebrado. O CDC adotou todo um sistema visando evitar esse desequilíbrio, buscando assim a equidade da vantagem econômica, dos direitos e obrigações existentes no pacto celebrado.

Nesse sentido, a lição de Cláudia Lima Marques:

Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de cláusulas abusivas no contrato de consumo, e possibilitam um controle tanto na forma quanto do conteúdo destes contratos, tudo para alcançar a esperada justiça contratual. (MARQUES, 2002, p. 1065).

É importante ressaltar que as normas previstas no CDC e visam evitar o abuso do fornecedor perante o consumidor têm natureza de ordem pública, cogente, e não podem ser deixadas de lado por qualquer das partes, e especialmente o consumidor não pode abrir mão de sua proteção insculpida no CDC.

Por fim, pode-se entender que a palavra-chave para compreender o alcance do princípio da equidade é o reequilíbrio, destarte temos uma situação pretérita à celebração do contrato em que uma das partes se encontra em situação vantajosa (cultural, econômica ou social) e a outra parte se encontra em uma situação inferior. O princípio da equidade que norteia todo CDC visa reequilibrar a situação das partes no contrato celebrado, melhor dizendo, colocar em pé de

igualdade consumidor e fornecedor durante a fase de celebração do contrato (e também na fase de sua execução).

2.1.4 Princípio da confiança

Ainda em relação à fase prévia da formação contratual, temos o princípio da confiança. Por esse princípio, busca-se a efetivação da crença, da esperança que o consumidor tem frente ao vínculo iniciado com a celebração do ajuste, bem como a prestação do serviço ou entrega do produto na forma e qualidade convencionados. Busca-se, assim, não apenas evitar prejuízos econômicos ao consumidor mas, muitas vezes, garantir a segurança, a saúde do consumidor frente ao serviço prestado.

A Lei 14.181/2021, no que se refere à prevenção do superendividamento, reforça os deveres dos fornecedores de crédito de informação, cooperação e vigilância com os intermediários e de lealdade na publicidade e no marketing; combate expressamente o assédio de consumo, preservando a dignidade e o mínimo existencial dos consumidores, de forma a evitar a exclusão social do consumidor.

O cuidado na concessão de crédito deve ocorrer antes mesmo da sua contratação, pois o fornecedor tem obrigação de verificar a capacidade de reembolso do consumidor. É um equívoco entender a responsabilidade do pagamento das dívidas oriundas da concessão de crédito, nas suas mais diversas modalidades, como de exclusividade do consumidor devedor.

2.2 DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA DO SUPERENDIVIDADO E OS NOVOS PROCEDIMENTOS TRAZIDOS PELA LEI 14.181/21

O direito comum das obrigações dá ao juiz o poder de aliviar as sanções estipuladas contra o devedor inadimplente. Segundo o artigo 924 do CC brasileiro, “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz diminuir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”. Ainda que de maneira “esporádica”, o Poder Judiciário brasileiro aplica essa norma para evitar os abusos da cláusula penal nos contratos de consumo.

Até a entrada em vigor da Lei 14.181/21, o consumidor superendividado poderia se valer apenas da ação de insolvência civil ou das ações de revisão de contrato, ajuizadas nas varas cíveis ou juizados especiais, a depender o valor da causa. Entretanto, com a alteração do Código

de Defesa do Consumidor, impingida pela nova lei, estabelece novo procedimento para o caso dos consumidores superendividados.

Da análise da Lei, observam-se 2 (duas) grandes fases, um procedimento bifásico:

I - Na primeira fase da Ação, será preciso constatar o estado de desconformidade, e construir métodos de renegociação e conciliação judicial com prazo de pagamento em até cinco anos, com carência de até 180 (cento e oitenta) dias para início do pagamento da primeira parcela. Para isso, é preciso levantar a situação do ativo e passivo do devedor, analisar se ele está de boa-fé, designar audiências de mediação ou conciliação com todos os credores, chamada negociação em bloco, com o preenchimento de formulário com o máximo de informações possíveis, tais como, renda mensal fixa ou média, número de filhos e respectivas idades, quantidade de pessoas que morem na mesma residência e suas rendas mensais, despesas fixas e variáveis, tudo no intuito de promover a construção de um plano de pagamento que possa ser executável e que não comprometa o mínimo existencial. É a fase em que será constatado que o estado de desconformidade existe e traçar as premissas e as medidas necessárias, como a suspensão da exigibilidade e da mora, para que o devedor possa se reestruturar.

Conforme acrescenta Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Maria Cláudia Felten:

A essência do procedimento de repactuação de dívidas, seja na fase conciliação ou na judicial, apresenta identidade de valores: a pronta atuação dos órgãos públicos no resgate da cidadania do consumidor pessoa natural. Nesse passo, o procedimento é célere e simplificado, sendo iniciado com as declarações prestadas pelo devedor quando do preenchimento do formulário. Note-se que nesta fase não há exigência de capacidade postulatória, permitindo que o consumidor atue em nome próprio sem a presença de advogado, na forma do artigo 104-A. (BERTONCELLO; FELTEN, 2023, p. 17).

II - Na segunda fase, havendo concordância de qualquer credor, o acordo será homologado com força de título executivo, caso um dos credores não aceite as condições do plano apresentado, o devedor deverá requerer o ajuizamento da “*ação por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes*” (artigo 104-B, caput do CDC). O juiz poderá nomear administrador (artigo 104-B, § 3º do CDC) que apresentará em até 30 (trinta) dias um plano de pagamento com prazos e atenuações de juros. Após a apresentação de defesa pelos credores (artigo 104-B, §2º do CDC), o juiz proferirá sentença com a redução dos juros e a aprovação do plano de pagamento compulsório em até 5

(cinco) anos e 180 (cento e oitenta) dias para pagamento da primeira parcela, preservado o mínimo existencial (artigo 104-B, §4º do CDC).

Quando da citação dos credores, o juiz já poderá deliberar de ofício, aplicando provisoriamente a suspensão da exigibilidade dos débitos e demais sanções do § 2º do artigo 104-A, caso entenda necessário.

O plano judicial compulsório de pagamento assegurará aos credores: (i) o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, no mínimo, portanto, sem perdão de dívidas; (ii) a previsão da liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A; (iii) primeira parcela devida no prazo máximo de cento e oitenta dias, contado da homologação judicial; restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

No que concerne ao prazo máximo indicado na lei para o plano, de cinco anos, é importante mencionar a existência de entendimentos favoráveis à sua ampliação, segundo os quais caberia ao juiz a avaliação em cada caso concreto (Artigo 104-C, §4º do CDC).

Nesse sentido, foram publicados os enunciados 11 e 12 da II Jornada do CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães)⁸ sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor, os quais, embora não tenham força normativa, são norteadores da aplicação da nova lei:

Enunciado 11. Caso não seja possível formular plano para pagamento de todo o passivo do consumidor em até cinco anos, este prazo poder ser ampliado, seja por consenso das partes na conciliação, seja por determinação judicial, desde que tal medida se revele necessária à preservação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Autores: Prof. Dr. Ricardo Sayeg, Profa. Me. Mônica Di Stasi e Prof. Me. Luiz Felipe Rossini.

Enunciado 12. O plano de pagamento quinquenal do art. 104-B, § 4º, do CDC (plano judicial compulsório), poderá ser ampliado, para além dos 5 (cinco) anos, bem como ter por afastada a correção monetária do principal, na hipótese de violação, pelo fornecedor, do art. 54-D, incisos I a III, devendo ser avaliada a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, conforme estabelece o art. 54-D, parágrafo único, do CDC. Autores: Prof. Me. Ronaldo Vieira Francisco, Profa. Me. Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Quanto à ordem de pagamento dos credores, terão prioridade no recebimento os credores que aceitaram o plano de pagamento consensual (artigos 104-A e 104-C), o que denota a relevância que a lei deu para a composição amigável; para os demais, serão submetidos ao plano judicial compulsório.

⁸ Disponível em: <https://cdea.tcche.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Enunciados-Aprovados-II-Jornada-de-Pesquisa-.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Nesse contexto, é importante a transparência do processo, uma vez que envolve vários credores, em litisconsórcio passivo facultativo simples, ou seja, facultativo, uma vez que, entre eles há uma comunhão de direitos e de obrigações relativamente à lide, e simples, porque a decisão pode ser diferente para cada um dos credores em razão dos valores, taxas e prazos pactuados. De outra senda, poderão figurar no polo ativo da ação somente pessoas físicas.

Serão excluídas da ação por superendividamento as dívidas originárias de uma atividade profissional, conforme artigo 54-A, §1º do CDC que traz a expressão: “decorrentes de relação de consumo”; excluem-se, também, as dívidas oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.

O consumidor, além de se comprometer a se abster de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas (Artigo 104-C, §2º do CDC), somente poderá ajuizar novamente a ação de renegociação e repactuação após 2 (dois) anos, contados da liquidação das obrigações pactuadas no plano de pagamento homologado (Artigo 104-A, § 5º do CDC).

Quanto à competência para o processamento da ação por superendividamento, será da Justiça Estadual, ainda que um dos credores seja entidade federal, pois o artigo 109, inciso I, da CF, ao mencionar os processos de falência, abarca nas exceções da competência dos juízes federais todas as hipóteses em que haja concurso de credores.

O entendimento foi fixado, em votação unânime, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do processo nº 0342595-36.2022.3.00.0000, ao analisar controvérsia sobre quem teria competência, na qual é parte, ao lado de instituições financeiras privadas, a Caixa Econômica Federal.

Diante disso, o relator do conflito de competência, ministro Marco Buzzi, declarou que cabe à Justiça dos estados ou do Distrito Federal analisar as demandas cujos fundamentos fáticos e jurídicos tenham semelhança com a insolvência civil, como o caso de superendividamento, e que o procedimento tem nítida natureza concursal, e ainda, o desmembramento da ação traria prejuízo ao devedor, uma vez que o plano de pagamento deverá abranger todos os credores por ele indicado, além do risco de decisões conflitantes. O entendimento foi fixado, em votação unânime, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A Lei 14.181/21 tornou-se um marco legal para a construção de uma transição entre o consumidor superendividado excluído do mercado consumidor para o equilíbrio financeiro e a concretização da proteção social, da dignidade humana, do mínimo existencial, da valorização

dos meios consensuais e adequados de solução dos conflitos com participação ativa das partes na adoção de uma série de atos de reestruturação, para que se faça uma transição entre a situação de desconformidade atual e a situação de conformidade almejada.

3 MEDIAÇÃO RESTAURATIVA NA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO

Após analisarmos a nova dogmática trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, com a definição de consumidor superendividado, os instrumentos de prevenção e tratamento, passaremos a analisar a possibilidade de utilização de determinados instrumentos de solução pacífica de conflitos e métodos autocompositivos.

Neste capítulo, falaremos sobre a Lei de Mediação e sua aplicabilidade na lei do superendividamento, a função e importância do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos órgãos de defesa e proteção do consumidor.

Originário de outro ramo do Direito, especificamente, do Direito Penal, os princípios e técnicas da justiça restaurativa complementam a ideia de recuperação do consumidor excluído do mercado de consumo. De proêmio, deve-se ressaltar que no âmbito do direito consumerista, a ideia deste trabalho, de mediação restaurativa se restringe aos casos de consumidor superendividado, e não a qualquer relação de consumo.

Posto isso, passemos à conceituação da justiça restaurativa, bem como à análise de como o problema do superendividamento é tratado no direito francês e norte-americano, além da identificação dos institutos, órgãos e atores envolvidos na aplicação da mediação e conciliação.

3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA – DA ESFERA PENAL PARA AS RELAÇÕES PRIVADAS

A Justiça Restaurativa teve importância destacada com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. No entanto, desde a década de 70 surgiram vários programas e abordagens em todo mundo para tratamentos das necessidades das vítimas, dos ofensores e membros da comunidade que de forma indireta sofrem alguma consequência, sobretudo no âmbito criminal.

Entretanto, a abordagem restaurativa vem ganhando espaço em outros ramos do Direito, inclusive na esfera privada, além de abranger um amplo espectro de programas e práticas, que na lição de Howard Zehr, ao definir Justiça Restaurativa, conclui que: “no seu cerne ela é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas” (ZEHR, 2012, p.102).

No direito criminal, o termo “mediação restaurativa” não estaria adequado, pois a vítima não quer ser vista como parte de um conflito, ou ainda estar frente a frente ao seu ofensor. De outro lado, os programas de mediação e de justiça restaurativa, na prática, são encontros

facilitados entre as partes, como bem apontado no manual sobre programas de Justiça, não se confundem como os métodos alternativos de resolução de conflitos:

Os conceitos de resolução alternativa de conflitos e justiça restaurativa tendem a ser usados indistintamente. Como os métodos usados nesses dois tipos de processo são, com frequência, muito semelhantes (diálogo, mediação, conciliação), algumas distinções importantes entre eles às vezes se perdem. Ambos os tipos de processo podem favorecer procedimentos colaborativos e baseados em consenso em vez de formas judiciais e adversárias. No entanto, o crime é mais do que um conflito entre as pessoas afetadas e existe um interesse de segurança pública em garantir não apenas que a situação seja resolvida, mas também que ocorrências futuras sejam evitadas. A justiça restaurativa é muito mais do que apenas resolver um conflito ou disputa. Conforme enfatizado nos Princípios Básicos, a justiça restaurativa é “uma resposta evoluída ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, gera compreensão e promove a harmonia social recuperando vítimas, infratores e comunidades”. É orientada por uma série de valores essenciais e reúne aqueles afetados por um ato ilícito para nomear a infração cometida, descrever as necessidades que criou, identificar as obrigações que agora existem e resolver juntos a melhor forma de reparar o dano e prevenir a sua recorrência.⁹

O conceito de restituição criativa foi criado pelo psicólogo Albert Eglash em 1950, que trabalhava com jovens e adultos que estavam envolvidos com práticas criminais, levando para o sistema penal conceitos mais construtivos de reparação do dano; para ele, o ofensor, sob supervisão adequada, poderá encontrar alguma maneira de reparar aqueles que prejudicou por sua ofensa, e ainda, a partir de sua experiência, ajudar os demais ofensores.

Em 1958, publicou o artigo *Creative Restitution*¹⁰ no *American Journal of Correction*, no qual afirma que a restituição sendo criativa pode contribuir para a autoestima do ofensor, pode direcionar de maneira construtiva a novos comportamentos, nesse caso, considerando que os consumidores superendividados em geral se mostram confusos, com vergonha e muitas vezes deprimidos, ansiosos diante da situação, os princípios aplicados na Justiça Restaurativa podem auxiliar na recuperação e tratamento, v.g., a experiência do Núcleo de Conciliação e Mediação no tratamento do consumidor superendividado de Porto Alegre – RS:

O atendimento inicial é multidisciplinar, compreendendo a atuação das Faculdades de Psicologia e Ciências Contábeis, a fim de oportunizar o acolhimento.

⁹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em: 01 maio 2023.

¹⁰ Disponível em: <https://www.iirp.edu/news/albert-eglash-and-creative-restitution-a-precursor-to-restorative-practices>. Acesso em 02 maio 2023.

Primeiramente é feita uma conversa jurídica prévia com o devedor e é ofertado a ele uma conversa com os alunos de Psicologia, pois muitos endividados experimentam dores psicológicas como depressão, ansiedade, pensamentos suicidas, pânico. A ausência de recursos financeiros para pagar as contas aliada com o nome negativado que é a realidade da maioria dos devedores, impõe uma situação psicológica delicada.

(...)

De forma concomitante a oferta com a conversa com o acadêmico de Psicologia é oferecida uma conversa com o estudante da Ciências Contábeis, a fim de que sejam feitos cálculos de juros e correção monetária do valor devido e o que poderia ser acordado. Na maioria das vezes falta ao devedor uma educação financeira e o olhar do acadêmico de Ciências Contábeis é fundamental, antes do devedor fazer um acordo, pois o aluno calcula quanto poderá o devedor comprometer sua renda mensal no acordo. (BERTONCELLO, 2023, p. 16).

Os americanos Joseph Folger e Robert Bush (YAZBEK; TRIGO; 2007, p. 29) criaram uma interessante correlação entre mediação e justiça restaurativa, que eles chamaram de Mediação Transformativa. Para eles, seria um tipo de mediação em que o foco não estaria necessariamente na formalização do acordo entre as partes, mas sim na transformação dessa relação, o que poderá ser útil para a prevenção ao superendividamento.

Portanto, observam-se semelhanças entre a mediação restaurativa e a justiça restaurativa, pois ambas se voltam para a preservação e restauração das relações. Nos casos do superendividamento, os valores, princípios e técnicas poderão inspirar a prevenção, tratamento e recuperação do superendividado, auxiliando na aplicação da lei e no reequilíbrio do devedor.

Assim como a mediação, a Justiça Restaurativa é também um convite ao diálogo, ao consentimento mútuo, à negociação, à oportunidade de esclarecimentos, às mudanças de comportamentos e participação ativa das partes para a solução e reequilíbrio econômico do consumidor superendividado.

Para Howard Zehr, a justiça não é assegurada por decisões uniformes, “mas por disponibilizar apoio e oportunidades a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e sexo” (ZEHR, 2008, p. 18):

A mediação entre a vítima e ofensor é uma abordagem que atende a esses critérios. A mediação vítima-ofensor fortalece os participantes, põe em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação. (ZEHR, 2008, p. 19).

Na técnica de Justiça Restaurativa, haverá encontros entre as partes, podendo primeiramente trabalhar individualmente com o devedor superendividado e depois com os

credores, a ser conduzido por um facilitador, que poderá ser também o conciliador ou o mediador.

Nesses encontros são enfatizados os fatos, os sentimentos e os acordos, e tudo isso é facilitado por um mediador treinado.

Segundo Howard Zehr:

Esses facilitadores externos ou mediadores desempenham papel importantíssimo no processo, mas são treinados para não impor suas próprias interpretações ou soluções. Os encontros são promovidos numa atmosfera mais ou menos estruturada, mas que permite aos participantes, sem muita interferência dos facilitadores, determinar os resultados. (ZEHR, 2008, p. 36).

Outra técnica interessante utilizada na Justiça Restaurativa são as conferências entre grupos com o objetivo de buscar mudanças de comportamento. Essas conferências poderão ser utilizadas para educação financeira e prevenção ao superendividamento, tais como palestras e encontros promovidos pelos órgãos de proteção ao consumidor, em parceria com empresas de crédito e universidades com o objetivo promover palestras e cursos sobre planejamento financeiro, economia doméstica, uso racional do crédito e programas terapêuticos para casos de compras por impulso.

O artigo 4º do CDC acrescentou dois princípios de proteção ao consumidor nos incisos IX e X¹¹, sendo eles a educação financeira e prevenção ao superendividamento, e as técnicas e valores da justiça restaurativa se coadunam com a técnica das conferências em grupo, v.g., o núcleo de conciliação e mediação do consumidor superendividado do núcleo de práticas jurídicas da Faculdade Atitus Educação, em esforço conjunto entre o Procon Porto Alegre e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul atuando de forma multidisciplinar nas áreas do Direito, Ciências Contábeis e Psicologia através do método humanizador para que o superendividado se apodere de suas responsabilidades e possa resgatar sua dignidade e preservar o mínimo existencial.

¹¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; ([Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021](#))

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. ([Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021](#))

Outra técnica da Justiça Restaurativa que poderá ser aplicada são os círculos para construção de novos hábitos de consumo e diálogos comunitários:

Nessa modalidade restaurativa os participantes se acomodam em círculo. Um objeto chamado ‘bastão de fala’ vai passando de mão em mão para que todos tenham a oportunidade de falar, um de cada vez, na ordem em que estão sentados.

Faz parte do processo uma declaração inicial em que são explicitados certos valores, ou mesmo uma filosofia, que enfatiza o respeito, o valor de cada participante, a integridade, a importância de se expressar com sinceridade, etc. Um ou dois ‘guardiões do círculo’ servem de facilitadores.”

(...)

Embora os círculos tenham surgido em comunidades pequenas e homogêneas, hoje passaram a ser utilizados em inúmeros contextos, inclusive em grandes áreas urbanas e para situações variadas fora do âmbito criminal”. (ZEHR, 2012, p. 83).

Assim como o crime tem uma dimensão pública e privada, o superendividamento possui também essa dimensão social, que ultrapassa a relação interpartes, pois, conforme abordado no primeiro capítulo, a exclusão do consumidor do mercado afeta toda a coletividade em nosso sistema de economia de mercado.

Tais técnicas poderão fazer parte do acordo firmado entre credores e devedores, trazendo detalhes específicos de apoio e monitoramento do consumidor e seu retorno gradual ao mercado de crédito.

Observa-se que nos processos de repactuação de dívidas a ideia de ganhar o processo não estará muito adequada, pois o devedor não será isento de suas obrigações, mas dentro do conceito de justiça restaurativa ele poderá reequilibrar sua situação socioeconômica e não voltar a se endividar.

As metas da justiça restaurativa vão ao encontro da lei do superendividamento no sentido de colocar as decisões-chave nas mãos daqueles que foram afetados, no caso, dos credores que poderão dizer quanto aceitam receber e o devedor quanto poderá pagar, fazendo da justiça um processo mais curativo e transformador de forma a reduzir novas ocorrências.

A Justiça Restaurativa traz implicitamente a ideia de proporcionalidade, bem como a necessidade de realização de esforços conjuntos e ativos para o reequilíbrio e segurança das partes.

O processo de Justiça Restaurativa dá ênfase à participação das partes na busca da restauração, superação, responsabilização e prevenção, e todos esses objetivos estão previstos na Lei do Superendividamento.

Outro ponto importante é que a Justiça deve monitorar e incentivar os acordos resultantes dos processos de superendividamento, tendo em vista que em muitos casos haverá uma repactuação de longo prazo com vários credores, além da intenção de prevenir a reincidência do mesmo devedor, princípio também originário da Justiça Restaurativa.

3.2 OS DIVERSOS MODOS DE TUTELA DO ENDIVIDADO – MODELOS DO DIREITO COMPARADO

Após análise da possibilidade de utilização dos princípios e técnicas da justiça restaurativa nos casos de superendividamento, passar-se-á a analisar as experiências francesas e norte-americanas no tratamento desse problema social.

3.2.1 Modelo Norte-Americano: *Fresh Start*

O modelo norte-americano, conhecido como *fresh start*, que trata da falência do consumidor incapaz de pagar suas dívidas, está calcada no conceito de que o superendividamento seria uma falha do próprio mercado, e não uma falha pessoal do consumidor individualmente considerado, ou seja, se o mercado de crédito empresta com tanta facilidade a ponto de causar o superendividamento, nada mais justo que o devedor tenha novas oportunidades ou mesmo o perdão das dívidas, oportunizando assim a chance de um novo recomeço, possibilitando ao consumidor manter-se economicamente ativo, ou mesmo para se manter presente no mercado consumidor.

Esse sistema de falência da pessoa física está regulamentado no chamado Bankruptcy Code¹² (Código de Falências dos EUA), em que os devedores superendividados podem requerer a declaração de falência e, assim, serem perdoados de suas dívidas ou apresentarem um plano de pagamento ou, ainda, firmarem acordos extrajudiciais, obterem descontos de pagamentos, obterem ajuda de serviços de aconselhamento de crédito ao consumidor, pagamento de dívidas com venda ou empréstimo de imóvel.

¹² Disponível em: <https://usbankruptcycode.org>. Acesso em: 21 jun. 2023.

O processo inicia-se com uma petição do devedor no tribunal federal de falências (United States Courts), pois a competência nesses casos não é das cortes estaduais. Os funcionários do tribunal e juízes da falência são proibidos de prestar aconselhamentos, ideia que coaduna com a mediação, normalmente os consumidores estarão acompanhados por advogados. Os devedores poderão solicitar o procedimento previsto no capítulo 7 ou no capítulo 13.

No capítulo 13, os devedores podem salvar suas casas da execução hipotecária ou seus carros financiados, interrompendo o pagamento das prestações, desde que possua renda regular e apresente um plano para pagamento de todo o passivo, que deverá propor o parcelamento entre três e cinco anos e será nomeado um administrador judicial (*trustee*). Ao apresentar a petição, a maioria das ações de cobrança em face do devedor restará automaticamente suspensa, inclusive as cobranças da hipoteca do imóvel (*stay period*) para que o devedor tenha fôlego e possa se reestruturar.

Nesse plano de pagamento, o administrador (*trustee*) aplicará um teste de disponibilidade de pagamento (*disposable income test*), a ser destinado aos credores. Se aprovado, o juiz designará audiência de confirmação e decidirá se o plano é viável e se está em consonância com os padrões de confirmação estabelecidos pela lei falimentar. O plano pode estabelecer pagamento inferior ao valor do débito, e as parcelas iniciarão em até 30 dias da data do protocolo do pedido, mesmo que o plano ainda não tenha sido aprovado pelo tribunal.

Os consumidores superendividados também podem optar pelo procedimento do capítulo 7 e, neste caso, o processo iniciará com a petição do devedor, a discriminação de todo seu patrimônio e todas as suas dívidas. Também será nomeado um administrador judicial (*trustee*), todos credores serão intimados, ato contínuo todos os bens disponíveis do devedor serão liquidados e rateados. Caso não haja bens disponíveis, o devedor será perdoado imediatamente e incondicionalmente.

O perdão apenas será limitado nos seguintes casos: quando o devedor ocultar bens ou quando tratar-se de (i) pensão alimentícia; (ii) determinados tributos; (iii) empréstimos educacionais do governo; (iv) indenizações por morte ou multa de origem criminal.

O tribunal poderá confirmar o plano ou recusá-lo, hipótese em que o devedor pode apresentar aditamento, por exemplo, para a transferência para o procedimento do Capítulo 13, desde que preencha seus requisitos.

De outro lado, o sistema norte-americano é criticado por alguns motivos: (i) é um sistema que não incentiva o consumidor a ter mais racionalidade no momento de contratação arriscada de crédito, por apresentar um processo muito célere e com a possibilidade de perdão

total das dívidas; (ii) não oferece ao consumidor a oportunidade de aprendizagem ativa, não há programas de educação e planejamento financeiro; (iii) os credores, especialmente instituições financeiras, argumentam que deixar à escolha do devedor qual procedimento adotar gera um comportamento oportunista. Enquanto o devedor sem bens no patrimônio, mas com renda estável preferia o procedimento do capítulo 7, o devedor com bens e sem renda preferiria o procedimento do capítulo 13. Desse modo, o devedor seria perdoado de suas dívidas às custas dos credores.

3.2.2 Modelo Francês

A legislação francesa serviu de inspiração para a Lei 14.181/21 (Lei do Superendividamento) e prevê basicamente a conciliação do devedor com os credores por blocos, para a construção de um plano global de recuperação, além de buscar uma reeducação do consumidor.

No modelo francês, a preocupação está mais voltada para o problema social, que ultrapassa a questão meramente individual, uma vez que impacta e interessa a toda a sociedade, e não apenas aos credores. Nesse modelo, buscam-se formas de solução do débito por meio da renegociação do pagamento, ou até mesmo pelo não pagamento, caso seja verificada a incapacidade absoluta de pagamento.

Em 1995, o *Code de la Consommation* passou por uma reforma que introduziu o Título III – Tratamento das situações de superendividamento. Nesse modelo, o endividado é submetido a uma comissão departamental de superendividamento dos particulares (*Commission de surendettement*), que é composta por seis membros: (i) o prefeito (presidente); (ii) o tesoureiro pagador geral (vice-presidente); (iii) o diretor dos serviços fiscais; (iv) o representante local do *Banque de France*; (v) um representante das associações familiares ou de consumidores.

O processo se inicia com o pedido do devedor junto às comissões de superendividamento do local de domicílio, que preencherá um formulário detalhado sobre sua renda, seus ativos e passivos e a indicação de todos os credores com nome e endereço (art. L.331-3, *Code de la Consommation*).

A comissão instruirá o processo ouvindo todas as pessoas que julgarem importantes, tem poder de requerer informações à administração pública, aos estabelecimentos de crédito, solicitar aos órgãos de seguridade estudos sociais do superendividado, por exemplo, se esteve em gozo de benefício acidentário ou por doença, com a finalidade de verificar a situação do

consumidor e se estão presentes as condições de admissibilidade da demanda, tais como: a) somente pessoas físicas domiciliadas na França ou franceses domiciliados em outros países são admitidos; b) que estejam de boa-fé; c) que se encontrem com condição manifesta de impossibilidade de pagamento de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer. São consideradas dívidas não profissionais as operações de crédito, contas de água, eletricidade, prêmios de seguro, mensalidades escolares.

Para a verificação da situação de superendividamento, serão calculados o passivo e o ativo do devedor, levando-se em conta suas necessidades básicas e de sua família. A falta de liquidez temporária ou passageira não é considerada para fins de superendividamento, uma vez que o consumidor pode solicitar o “período de graça” (*délai de grâce*), nos termos do art. L. 313-12 do *Code de la Consommation*, combinado com os arts. 1244-1 a 1244-3 do *Code Civil*, nesse período a execução das obrigações ficarão suspensas e o credor não poderá requerer a resolução do contrato.

As dívidas incluídas no plano de pagamento poderão ser tanto as vencidas quanto as vincendas, desde que o superendividamento seja perceptível em razão de algum evento, inclusive futuro, que configure a perda de renda ou aumento de despesas.

O superendividado poderá perder o benefício do procedimento nos casos de: “prática de falsas declarações ou a remessa de documentos inexatos; a tentativa de desvio de bens e, por último, a agravação do endividamento” (COSTA, 2012, p. 121).

Após a admissibilidade do procedimento de superendividamento, a comissão irá esforçar-se para promover a conciliação entre devedor e credores, auxiliando-os na construção de um plano de recuperação (*plan conventionnel de redressement*), que estabelecerá escalonamentos de dívidas em até oito anos, adiamentos, descontos, redução de taxas de juros e, também, estipular medidas que poderiam agravar a situação do devedor.

Se a conciliação for exitosa, o plano de pagamento será assinado pelo Prefeito, tornando-se título executivo; se a conciliação for infrutífera, a comissão emitirá as recomendações dispostas no art. L. 331-7 do *Code de la Consommation*, de proposta motivada, de escalonamentos de dívidas em taxas reduzidas, adiamentos, descontos ou suspensão de exigibilidade.

As recomendações poderão ser contestadas pelas partes, e o juiz proferirá sentença da qual caberá recurso de apelação, após o trânsito em julgado elas terão força executiva. Na ausência de contestação, o juiz homologará a recomendação.

Portanto, na França, as comissões exercem o papel de análise econômica e conciliação, e o juiz atua mais como uma instância de controle ou de moderação, conforme prevê o artigo

1.152 do *Code Civil* francês: “o juiz pode, mesmo de ofício, moderar a pena que tiver sido convencionalizada se ela for manifestamente excessiva”. Diferentemente do modelo norte-americano, há mecanismos de proteção do destinatário da oferta consistente na manutenção da oferta por quinze dias (art. L. 311-8 do *Code de la Consommation*), sob pena de multa de 12.000 F, além de outras penas que poderão ser aplicadas pelo juiz, tais como: a perda do direito à percepção dos juros (art. L. 311-33). Essa sanção civil pode ser pronunciada pelo juiz penal acessoriamente à pena aplicada. Ela pode, igualmente, ser aplicada pelo juiz civil independentemente de qualquer processo penal, uma vez que a lei é considerada de ordem pública, portanto irrenunciável.

3.3 DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO PARA A APLICAÇÃO NOS CASOS DE CONSUMIDORES SUPERENDIVIDADOS.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de cúpula para a gestão do Judiciário brasileiro, incluiu a conciliação como pauta prioritária e, em 2010, firmou as bases para uma política nacional de resolução de conflitos, centrada na integração entre os mecanismos formais, decisórios e os baseados em consenso, a Resolução nº 125, que representa mais do que um marco legal, inaugura uma política pública judiciária de instituição da resolução consensual a partir do Poder Judiciário. A partir dela, os tribunais organizaram os seus setores de conciliação judicial e a organização de núcleos comunitários de solução de conflitos.

Em 2014, o projeto do novo Código de Processo Civil, elaborado em 2010, foi retomado e se transformou na Lei 13.105, de 2015. Em paralelo, a mediação ganhou um diploma legislativo próprio: a Lei nº 13.140, de 2015 (Lei da Mediação).

O CPC acabou com longa discussão sobre a diferença entre mediação e conciliação. Em vez disso, definiu que o conciliador “atuará preferencialmente” nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá fazer sugestões de soluções, ao passo que o mediador “atuará preferencialmente” nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e incumbência será “auxiliar os interessados a compreender as questões e interesses em conflito” de modo que eles, próprios, identifiquem as soluções mais adequadas (art. 165). (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2019, p. 23).

O artigo 5º, inciso VII, do CDC fomentou a criação de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Para a primeira fase do procedimento, o artigo 104-C do Código de Defesa do Consumidor, também inserido pela Lei nº 14.181/2021, prevê que compete concorrente e

facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, podendo criar convênios com finalidade específica entre os referidos órgãos e os credores e suas associações.

Assim, além dos CEJUSCs no Judiciário, a nova lei prevê a competência dos PROCONS, do Ministério Público, da Defensoria Pública, e de outros órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para a adoção de mecanismos para a implementação da fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas.

Para deixar aqui consignadas as atribuições de cada um deles, lembre-se que os Procons são órgãos estaduais e municipais de proteção e defesa do consumidor, criados especificamente para esse fim, para exercer as atribuições estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor. São, portanto, órgãos que atuam no âmbito local, atendendo diretamente os consumidores e monitorando o mercado de consumo de seu território, tendo papel fundamental na execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público e a Defensoria Pública, no âmbito de suas atribuições, também atuam na proteção e na defesa dos consumidores e na construção da Política Nacional das Relações de Consumo. O Ministério Público, de acordo com sua competência constitucional, além de fiscalizar a aplicação da lei, instaura inquéritos e propõe ações coletivas.

E a Defensoria, além de propor ações, defende os interesses dos desassistidos, promovendo acordos e conciliações.

Nos casos de superendividamento, a mediação e conciliação poderá ser feita de forma global, a partir de reclamações individuais do consumidor. Nesse caso, o órgão público designará audiência global de conciliação com todos os credores.

O artigo 2º do Decreto nº 11.567/23 estabeleceu que a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública deverá organizar, de forma periódica, mutirões para a repactuação de dívidas e a prevenção e o tratamento do indivíduo que se encontra em situação de superendividamento por dívidas de consumo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento CGJ 17/2013, que autoriza os Notários e Registradores a realizarem mediação e conciliação em seus respectivos cartórios. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) suspendeu a entrada em vigor do citado provimento por entender que tal atribuição deverá ser delegada por lei, conforme prevê o artigo 236 da Constituição Federal, sendo competência exclusiva da União Federal legislar sobre essa matéria.

Tendo em vista que a Lei 14.181/21 acrescentou no Código de Defesa do Consumidor o inciso XVII do artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário.” Portanto, podemos extrair do texto legal que a conciliação e a mediação no superendividamento foram priorizadas, mas a cláusula de arbitragem não é permitida, pois, ela criaria uma condição ou limitação ao acesso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Enunciado 24 da I Jornada CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães)¹³ sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor consolida esse entendimento:

A nova redação dada ao art. 51 do CDC, com a inserção do inciso XVII, confirma o direito de acesso aos órgãos do Judiciário do Art. 6º, VII e a proibição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo com pessoa natural (Art. 5, VII do CDC). Autor: Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto.

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, em seu artigo publicado na coletânea *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*, explica que, embora o árbitro seja qualificado para equilibrar eventuais desigualdades entre as partes, o problema seria a possibilidade de inserção de alguma cláusula no contrato que predisponha sobre a arbitragem e que possa prejudicar o consumidor, portanto, não seria recomendável:

Já nos litígios de consumo, a vulnerabilidade do consumidor deverá ser considerada, seja por um árbitro, seja por um mediador. O desequilíbrio entre um consumidor hipossuficiente e um fornecedor hiper suficiente é resolvido na lei brasileira com previsões envolvendo a proteção ao primeiro tanto no plano do direito material como no plano do direito processual. Neste último, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é a demonstração mais evidente desta preocupação, de modo que a introdução de um método alternativo não altera este cenário, já que um mediador, um árbitro ou qualquer outro aplicador de um método alternativo não poderá perder este aspecto de vista. Perigo há se o método pretender afastar a tutela protetiva do consumidor, já que o contrato que predisponha sobre a arbitragem pode querer dispor sobre determinada lei aplicável afastando, por exemplo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, o vício estará na cláusula que prevê a não aplicação desta lei, e não do método alternativo escolhido. Eventuais desvios ou má-aplicação do CDC podem ocorrer tanto em juízo ou fora dele. Entretanto, como o árbitro não é agente do Estado, há quem veja com reservas confiar a solução a ele. (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2019, p. 54).

¹³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 26 de jun. 2023.

O Sistema Multiportas de Solução de Acesso à Justiça no Brasil está em expansão, é considerado auto-organizado, uma vez que se expande de forma gradativa, mas sem planejamento, e que hoje conta com as seguintes bases legais e mecanismos: (i) Código de Processo Civil; (ii) o agente fiduciário (arts. 31 a 37, Decreto-lei nº 70/1966); (iii) o árbitro e as câmaras arbitrais (Lei nº 9.307/1996); (iv) os tribunais administrativos, o conciliador e o mediador (Lei nº 13.140/2015); (v) o Conselho Nacional de Justiça; (vi) as Plataformas Digitais (Online Dispute Resolution ODR's); (vii) o Ministério Público (Resolução nº 118/2014 do CNMP); (viii) a Advocacia Pública (art. 19, Lei nº 10.522/2002); (ix) das serventias extrajudiciais.

A Lei do Superendividamento é um bom exemplo do sistema de acesso à justiça pelos meios hetero e autocompositivos, sendo a tentativa de conciliação obrigatória, implicando prejuízo ao credor ausente. Interessa ressaltar que a tentativa é obrigatória, mas não a conciliação, pois a conciliação e a mediação devem ser soluções amigáveis e não obrigatórias.

Os princípios expressos na lei da mediação, tais como a isonomia entre as Partes, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade, dialogam com a Lei do Superendividamento e a justiça restaurativa, verificando-se pontos comuns como a facilitação do diálogo, a harmonização de interesses (artigo 4º, III do CDC)¹⁴, a boa-fé para ao final se chegar à composição amigável que completará com o plano de pagamento justo e executável.

A lei do superendividamento promove a cultura da mediação e conciliação, além de integrar o sistema multiportas de acesso à justiça e de refletir experiências exitosas como as do Núcleo de Conciliação/Mediação no Tratamento do Consumidor Superendividado de Porto Alegre - RS.

Vencedor do Prêmio INNOVARE da Magistratura em 2008, o projeto de negociação em bloco entre o consumidor superendividado e os credores em todo o Rio Grande do Sul, coordenados pelas magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Danilevicz Bertoncello, desenvolvido no Rio Grande do Sul, em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com apoio dos servidores do Judiciário, do Movimento Donas de Casa, PROCON e até mesmo da Cruz Vermelha.

¹⁴ III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Nesses atendimentos junto ao Núcleo de Porto Alegre, realizados pelos universitários sob a orientação de seus professores, conduzindo-os a sessões de conciliação e mediação por um sistema de blocos, conforme modelo francês, detalhado no tópico anterior.

Esse exitoso projeto-piloto realizava os seguintes procedimentos.

Partindo-se inicialmente da verificação da boa-fé do consumidor, elabora-se um plano de pagamento em uma audiência pública com a presença dos magistrados ou conciliadores do foro e todos os credores do consumidor, que comparecem voluntariamente e em comum acordo conciliam para estabelecer um acordo de pagamento em até 5 anos. Os magistrados já têm um cadastro dos principais credores e prepostos dos grandes conglomerados que vêm semanalmente a Porto Alegre para poderem renegociar de maneira eficaz com os consumidores, seguindo os seguintes passos:

Primeiro passo: os consumidores são recepcionados diretamente na Central de conciliação do foro, ou indiretamente, por indicação dos PROCONs, da Defensoria Pública ou da Associação de Donas de Casa e consumidores do Rio Grande do Sul.

Segundo passo: o funcionário ou discente da Universidade que recepcionará o consumidor preencherá um formulário, e nesse momento o consumidor tem a oportunidade de contar a história das suas dívidas e prestará as informações para o formulário.

Nesse formulário deverão constar os gastos com despesas básicas de sobrevivência pessoal e familiar, a qualificação dos credores e as características das dívidas, assim como outras particularidades relevantes para cada caso.

Terceiro passo: será verificado se o consumidor está de boa-fé, também será a oportunidade de se verificar a existência de alguma desconformidade na concessão dos créditos.

Quarto passo: o consumidor superendividado e todos os credores, que aceitam o convite para comparecer com ou sem advogado, tentarão elaborar uma nova ordem de pagamento, receber propostas de eventuais descontos e estabelecer um plano de pagamento, reservando o mínimo existencial para o consumidor; esse plano é consolidado em um Acordo Extrajudicial assinado por todos e plenamente executável. Em caso de acordo frustrado, o processo prosseguirá no Juizado Especial ou na Justiça Comum, a depender do valor da causa.

A negociação das dívidas é chamada “em bloco” em razão de se tratar de um ato coletivo, pois reunirá a totalidade dos credores.

Em regra, o objetivo da audiência de conciliação ou mediação será a renegociação das dívidas, com a concessão de descontos e abatimentos, dilação de prazos, exclusão dos dados do devedor do banco de dados de inadimplentes, e inserção de outras cláusulas, tais como o vencimento antecipado pelo inadimplemento.

De acordo com o observatório do crédito e superendividamento do consumidor que é mantido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, projeto de pesquisa e extensão apoiado pelo SENACON – Ministério da Justiça, o resultado das audiências de conciliação em bloco realizados no período de 2007 a 2012 foi a seguinte:

No período estudado de 5 anos, aconteceram 3.225 audiências de conciliação em bloco de superendividados e seus credores realizadas pelos magistrados e conciliadores do TJRS, atingindo mais do que o dobro da média nacional de êxito na conciliação (30%) e foi possível aos magistrados estabelecer em conjunto com os credores e o consumidor superendividado um plano de pagamento por acordo, conciliando 64,3% dos casos e evitando processos judiciais nesses casos. (MARQUES; CAVALLAZZI; LIMA, 2016, p. 153).

Muito mais que a homologação do acordo, importante que as partes construam em conjunto um plano de pagamento que possa ser cumprido, caso contrário, a conciliação não atingirá sua principal finalidade, qual seja, o reequilíbrio financeiro do consumidor superendividado e a recuperação do crédito aos credores.

Nesse sentido, importa mencionar o artigo de nome sugestivo, *Contra o acordo*, de Owen Fiss, professor da Universidade de Yale, em que ele destaca que a prestação jurisdicional é uma função pública, e que os acordos não produzem, necessariamente, justiça. Para ele, apenas uma decisão judicial poderia garantir que os valores públicos mais importantes sejam assegurados:

[...] quando as partes fazem um acordo, a sociedade ganha menos do que aparece a uma primeira vista, e por um preço que ela ignora que está pagando. Ao celebrarem um acordo, as partes podem estar deixando de fazer justiça. [...] Embora as partes estejam preparadas para viver segundo com os termos negociados, e embora esta coexistência pacífica possa ser uma precondição necessária de justiça, o que é algo em si valioso, isso não é propriamente justiça. Celebrar um acordo significa aceitar menos do que seria o ideal. (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2019, p. 19).

No anseio do consumidor superendividado seu nome excluído do cadastro de inadimplentes poderá levá-lo aceitar um acordo que depois não consiga honrar, por exemplo. Por isso, é muito importante o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar, sobretudo de peritos contábeis.

Certamente, o consumidor deverá ter orientação jurídica (de advogado ou órgão de proteção ao consumidor) e de contador ou perito contábil. Isso porque a norma permite proposta de repactuação das dívidas para um prazo de até 5 anos. Além disso, há de ser preservado o

mínimo existencial, e a proposta que envolve todos os credores, além de tudo, deve preservar as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. Nada muito fácil de ser feito, especialmente envolvendo interesses de credores diversos que, por sua vez, venderam produtos e serviços diversos com preços e prazos de pagamento diversos.

O Artigo 2^a, §2^o da Lei da Mediação (nº 13.140/15) é expresso quanto à não obrigatoriedade das partes em permanecerem em procedimento de mediação, e nesse sentido temos a seguinte lição de Fredie Didier Júnior e Fernandez Leandro:

Esta obrigatoriedade nem sempre é bem compreendida, pois se confunde a tentativa obrigatória de mediação (ou conciliação) com a obrigatoriedade de as partes de conciliarem. Por pressupor um ato livre de vontade das partes, conciliar ou obter êxito em uma mediação está fora do alcance de qualquer pessoa ou ente, se não das próprias partes em conflito. (DIDIER JR.; LEANDRO, 2023, p. 9).

A prevenção e o tratamento jurídico dispensado ao consumidor superendividado ultrapassam as questões meramente jurídicas, atualmente reguladas pela Lei 14.181/21 e pelos Decretos 11.150/22 e 11.567/23. A partir da análise econômica do Direito, pode-se obter substrato para auxiliar os operadores do direito na solução de tão complexo problema. E, embora a solução não seja matemática ou absoluta, pode oferecer outros pontos de vista, para além da análise jurídica.

A análise econômica do direito trata dos comportamentos humanos e, por conseguinte, as causas do superendividamento, podendo auxiliar para que as renegociações de dívidas sejam não apenas justas, mas eficazes, e assim promover efetivamente o reequilíbrio econômico do consumidor.

Infere-se do conteúdo desenvolvido neste artigo que a interdisciplinaridade entre as ciências sociais trouxe a lume um importante método para se atingir, na seara do Direito, decisões, além de justas, eficazes. O método da Análise Econômica do Direito, que trilhou seu caminho nas ciências econômicas, trouxe para a ciência jurídica institutos daquela ciência, conferindo ao intérprete e ao estudioso do Direito, o que foi dito anteriormente: a oportunidade de realizar uma análise mais justa e eficiente do Direito e da norma. (ALVES; FARIAS MOREIRA; VASCONCELOS PEREIRA, 2021, p. 46).

Para Ronald H. Coase, prêmio Nobel de economia em 1991, qualquer situação econômica real é complexa, e suas teorias poderão auxiliar em casos de superendividamento. Os órgãos de defesa do consumidor, o Poder Judiciário, os credores e devedores poderão se utilizar de outras disciplinas além da mera aplicação da lei, para que possam encontrar as

melhores soluções, levando-se em conta a situação de escassez de recursos, bem como a necessidade de se garantir o mínimo existencial e criar condições ao devedor para o pagamento de suas dívidas.

Coase leciona que “os juízes têm de decidir a respeito da responsabilidade jurídica, mas isso não deve confundir os economistas quanto à natureza do problema econômico em questão” (COASE, 2022, p. 181).

A análise econômica do Direito também explica que a oferta de crédito abundante, se por um lado incentiva a produção, o consumo e o trabalho, de outro, pode gerar recessão, uma vez que as famílias deixam de consumir para pagar suas dívidas, o que para Coase pode também ser considerado como custo de transação:

Se vamos discutir o problema em termos do nexos de causalidade, ambas as partes são responsáveis pelos danos. Se quisermos alcançar uma alocação ótima dos recursos, é desejável que ambas as partes levem em conta o efeito nocivo (o incômodo) ao decidirem que atos realizam. Uma das belezas de um sistema de determinação de preços em bom funcionamento é que, como já foi explicado, a queda no valor da produção devido ao efeito prejudicial seria um custo para ambas as partes. (COASE, 2022, p. 182).

De acordo com a *Teoria do Custo de Transação*, de Ronald Coase, quando os agentes econômicos privados puderem negociar, sem custos sobre alocação de recursos, eles mesmos poderão encontrar resultados eficientes, ainda que haja normas cogentes que garantam os direitos subjetivos das partes. Para exemplificar, podemos citar que os credores têm o direito de receber de volta o capital emprestado, com juros e correção monetária, e os devedores superendividados têm direito ao reequilíbrio contratual. No entanto, esses direitos podem ser transacionados, visando à busca de uma solução mais eficaz.

São considerados custos de transação: os custos do processo judicial (art. 104-B, §3º do CDC); honorários advocatícios e periciais; o número de partes envolvidas, que conforme o caso poderão ser muitas, especialmente no polo passivo; o tempo despendido até a definição do valor ideal para o plano de pagamento e a convergência de todos os pontos de vista envolvidos.

Do ponto de vista do Estado, também são custos de transação o funcionamento do Poder Judiciário: a determinação e implementação de sentenças sem vieses e pressões, ou seja, “Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 4).

Os acordos na Lei do Superendividamento implicarão a construção de um plano de pagamento objetivo e executável, com todos os credores, lado a lado, com a presença do

mediador, conciliador e advogados, o consumidor sai da posição de hipossuficiente e os credores passam a cooperar na construção de uma zona possível de acordo, sem comprometer o mínimo existencial.

Para Ronald Coase, as normas cogentes não seriam suficientes para tornar eficientes a resolução dos conflitos, e o seu Teorema pode ser visto como um incentivo para que as pessoas sejam capazes de resolverem racionalmente seus problemas. Os direitos subjetivos seriam alocações originais dos direitos de propriedade, mas eles poderiam ser transacionados.

Veja-se, a lei do superendividamento poderá não atender às necessidades de muitos casos, mas a mediação e a conciliação sim, pois as partes, com o auxílio do mediador ou conciliador, poderão customizar seus planos de pagamento, e não apenas se sujeitarem à imposição da lei e da decisão judicial.

De toda forma, torna-se importante que as partes construam planos de pagamentos possíveis e executáveis. E, caso a conciliação ou mediação reste infrutífera, a lei salvaguarda, no artigo 104-B, §4º do CDC, que o plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor principal devido, corrigido por índices oficiais de preço.

É preciso expurgar aquilo que foi considerado ilegal, contratos com cláusulas abusivas, por exemplo. Nesse ponto, cabe muito o sentido cooperativo que traz a ideia da Mediação Restaurativa, em que os participantes são os solucionadores dos problemas, e no sentido de reconhecimento de falhas, de erros, de problemas na contratação, pois nem sempre o sistema financeiro é centrado na figura do consumidor, mas está preocupado com o negócio.

E estão excluídas ainda aquelas operações celebradas “dolosamente pelo consumidor, que as realizou sem o propósito de realizar o pagamento”. Essa situação fatalmente exigirá instrução processual.

Examinado o pleito, o Juiz poderá instaurar o processo de repactuação de dívidas visando realizar a audiência conciliatória. Não é uma conciliação simples de ser executada, ainda que as intenções sejam legítimas.

O credor, por sua vez, tem obrigação de comparecer à audiência de conciliação ou enviar procurador com poderes para transigir, sob pena de suspensão da exigibilidade do débito existente e interrupção da contagem dos encargos da mora. Além disso, se o consumidor souber o montante devido a esse credor que não compareceu nem se fez representar, o credor estará sujeito ao plano de pagamento que vier a ser fixado, mas receberá seu crédito somente após o pagamento feito aos demais credores que compareceram à audiência.

A norma fala também que havendo conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada, algo natural e decorrente da sentença.

De todo modo, a norma também impõe que a conciliação seja feita com certos parâmetros. Da sentença devem constar: a) as medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor e todas as demais alternativas negociadas visando o pagamento da dívida; b) referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso; c) a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e dos cadastros de inadimplentes. Esses elementos decorrem do estado de endividamento do consumidor no momento da conciliação.

Mas, além deles, deve constar também da sentença a determinação para que o consumidor não faça novas transações nem se comporte de modo que possa gerar o agravamento de sua situação de superendividamento. E essa determinação é condicionante: o pacto amigável homologado tem seus efeitos ligados a essa abstenção do consumidor devedor.

Por fim, a norma deixa claro que o pedido de repactuação não importa em declaração de insolvência civil e que somente poderá ser repetido após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento originalmente homologado.

No acordo firmado perante esses órgãos, deverá necessariamente constar a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor dos bancos de dados e dos cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

A conciliação e a mediação como meios de resolução dos conflitos foram privilegiadas na Lei do Superendividamento, sendo importante destacar que ela envolve questões sociais e econômicas por vezes complexas, estruturais e até mesmo de ordem pública.

Marcelo Gomes Sodré (2009, p. 23) leciona que uma lei de defesa do consumidor é de ordem pública se: “(i) se os direitos por ela dispostos são indisponíveis, e (ii) qual o papel do juiz na busca da efetividade da tutela jurisdicional”.

Observa-se que a Lei do Superendividamento criou direitos irrenunciáveis, por exemplo, as cláusulas abusivas podem ser invalidadas. A lei também possui relevância social na medida em que interessa a toda sociedade o respeito aos seus princípios básicos, portanto exige um poder judiciário atuante.

Nas audiências de conciliação e mediação é importante que as partes e o mediador estejam abertos à comunicação e que se construa um plano de pagamento com maior equidade possível.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito (AED), com seus princípios estruturantes, poderá auxiliar as partes na construção mais isonômica do plano de pagamento, visto que ela esclarece as formas que se desenvolvem a sociedade de consumo moderna, o superendividamento e sua relação com o mercado, as empresas e os consumidores:

A esta altura, ciente de que os princípios estruturantes da AED são a maximização do interesse (escolha racional), equilíbrio e eficiência, associados a um conceito de justiça, além de colocar à disposição do jurista os instrumentos necessários para verificar a eficácia da norma jurídica em relação às ações do Estado, empresas e indivíduo. (SANTOS; GREVE; MATOS, 2022, p. 12).

Leciona Bertoncello que os métodos consensuais de resolução de conflitos no caso de superendividamento deverão ter um caráter construtivista, tendo em vista que as dívidas a serem renegociadas são de trato sucessivo, muitas vezes sem prazo determinado, o que denota a importância de recuperar rapidamente o devedor:

[...] permitiria evidenciar seu caráter construtivista, na medida em que as relações sociais e jurídicas atingidas pelo superendividamento, sujeitas à renegociação das dívidas, usualmente, terão continuidade após o resgate da saúde financeira do devedor. É que a experiência tem demonstrado que os contratos submetidos à renegociação voluntária revelam relações de trato sucessivo, a exemplo dos cartões de crédito, contratos bancários em geral, plano de saúde, compras efetuadas a prazo diretamente como o comerciante local, entre outras. Com isso, a utilização de métodos construtivistas não apenas possibilitará a rápida reinserção social do superendividado, mas, também, preservará a continuidade da relação com o fornecedor de crédito. (MARQUES; CAVALLAZZI; LIMA, 2016, p. 236).

Por todo o exposto, considerando-se que os investidores buscarão reduzir custos de transação e preservar relações com seus clientes e, de outro lado, diante da impossibilidade de elaborar contratos perfeitos ou completos, a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais e o interesse das empresas em proteger relações de longo prazo do inevitável desgaste de uma demorada e imprevisível disputa judicial farão com que nas repactuações com os consumidores superendividados envidem esforços na conciliação a fim de evitar conflitos e permitir a adaptação dos contratos na medida em que a lei se consolide no tempo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, a partir do estudo das relações de consumo e do superendividamento, apresentar a sistemática da mediação restaurativa. Assim, delineamos os diversos conceitos acerca do consumidor, desde uma conceituação mais restritiva, até abrangência atualmente utilizada pela jurisprudência, em especial pelo STJ.

Também tratamos da inovação normativa trazida pelo CDC, e como tal legislação mudou por completo a base da relação contratual entre fornecedor e consumidor, trazendo para este último diversos elementos protetivos, seja na fase pré-contratual, seja durante a execução do ajuste.

A partir desta conceituação, passou-se ao estudo do consumidor superendividado. Sua conceituação e a delimitação do alcance do instituto são fundamentais para a própria eficácia de suas disposições. A questão preliminar reside no fato de que as normas referentes ao superendividamento, por inserirem o consumidor em uma condição especial, devem ser utilizadas somente para os indivíduos que não agiram dolosamente para alcançarem tal condição.

Posto isso, passamos à análise do novo instrumento voltado para o tratamento e recuperação do superendividado: a mediação restaurativa.

Inicialmente, deve-se destacar a importância social e econômica da mediação restaurativa, pois tal instituto não apenas pode ser a possibilidade de solução financeira de determinado indivíduo ou família, mas, especialmente, no retorno dos indivíduos que se encontram nesta condição ao Sistema Financeiro e ao mercado de consumo.

É fato notório a importância do consumo das famílias na economia, e mesmo no PIB brasileiro. Deste modo, a saúde financeira e a capacidade de expansão sustentável do consumo interessam a toda a sociedade.

Os meios alternativos de solução do superendividamento, especialmente a conciliação e mediação, deverão ser os mecanismos mais convenientes, eficientes de se resgatar o consumidor ao mercado, na medida em que ele for cumprindo seu plano de repactuação das dívidas. Estes instrumentos imprimem celeridade e economia. Celeridade, porque as controvérsias geradas serão resolvidas em um lapso temporal menor, em relação a uma demanda proposta no Judiciário. E economia pelo próprio dispêndio gerado com a realização destas demandas judiciais.

A antiga forma de solução de conflitos, baseada na apresentação ao Poder Judiciário de demandas relativas a ações revisionais, no entanto, se revelou medida paliativa e, portanto,

ineficaz, nos casos de superendividamento. Primeiro porque, nos tribunais superiores, restou consolidado o entendimento de que os juros remuneratórios não estão limitados a 12% ao ano.

Segundo, porque as ações revisionais não possibilitam a renegociação conjunta das dívidas, pois são instrumentos processuais restritos à individualidade dos contratos e propostos somente perante os credores a eles vinculados.

Terceiro, porque o refinanciamento das dívidas nas condições impostas pelos fornecedores, com a prática de juros muitas vezes extorsivos, acaba por deixar os consumidores em circunstância que se assemelha a uma escravidão perpétua perante esta dívida refinanciada.

A importância da implementação em larga escala do instituto da mediação, demanda a criação de políticas públicas que priorizem a criação de convênios e a capacitação de mediadores, bem como a possibilidade de parcerias com escritórios de advocacia e universidades, além de entidades como o Procon, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Além disso, na medida em que houver um aumento das ações de repactuação por superendividamento, haverá por parte dos tribunais a necessidade de criar centros judiciários de solução consensual para realizar as audiências de conciliação e mediação e desenvolver programas voltados à prevenção e tratamento do consumidor. A ação pioneira foi concretizada pelo TJ/RS, com a criação do Núcleo de Práticas Jurídicas da faculdade Atitus de Educação, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em parceria com o Tribunal gaúcho e o Procon de Porto Alegre/RS, do qual fazem parte também alunos de direito, ciências contábeis e psicologia, sempre com o objetivo final de concretizar não apenas a repactuação das dívidas, mas também a prevenção do superendividamento dos consumidores.

Deste modo, é possível concluir, seguindo a essência do pensamento do professor Amartya Sen, constante na epígrafe deste trabalho, muito mais importante que a conciliação e a mediação em si, é realizar um plano de reestruturação financeira deste consumidor superendividado, que permita não apenas a recuperação econômica deste consumidor, mas especialmente oportunize a recuperação social do superendividado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Matheus Alexsandro Teófilo; MOREIRA, Vinícius Faria; PEREIRA, Yákara Vasconcelos. **Teoria do Custo de transação e escolha de modos de entrada no mercado Internacional**. Contabilidad y Negocios, v. 16, n. 31, 2021.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz, FELTEN, Maria Cláudia. **Núcleo Multidisciplinar de Atendimento ao Superendividado: um ano de cooperação acadêmica e extensão à comunidade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo banch, 2023.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. (Coleção Paulo Bonavides). ISBN 978-65-5964-495-7.

COMPARATO, F. K. Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado, **Revista de direito público**. n. 97, mar. 1991.

COSTA, G. de F. M. da. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ Leandro. O sistema multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. **Revista do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte**, n.p., 2023.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan/mar, 2020.

COASE, R. H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Coleção Paulo Bonavides. [s.l.] GEN, 2022.

COMPARATO, F. K. Revista de direito público. **Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado**, n. 97, mar. 1991.

COSTA, G. DE F. M. DA. **Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR, FREDIE; FERNANDEZ LEANDRO; O SISTEMA MULTIPORTAS COMO UM SISTEMA AUTO-ORGANIZADO: INTERAÇÃO, INTEGRAÇÃO E SEUS INSTITUTOS CATALISADORES. [s.d.].

GRINOVER et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª edição ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KÁREN RICK DANILEVICZ BERTONCELLO; FELTEN, MARIA CLÁUDIA. **Núcleo Multidisciplinar de Atendimento ao Superendividado: um ano de cooperação acadêmica e extensão à comunidade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 4ª edição ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, R. L.; LIMA, C. C. DE. **Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, PAULA A. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formatação jurídica do mercado brasileiro. p. 165–175, out. 2012.

SALLES, CARLOS ALBERTO; LORENCINI, MARCO ANTONIO GARCIA LOPES; SILVA, PAULO EDUARDO ALVES. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem - Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SODRÉ, M. G. **A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

TEÓFILO ALVES, M. A.; FARIAS MOREIRA, V.; VASCONCELOS PEREIRA, Y. Teoria do Custo de transação e escolha de modos de entrada no mercado Internacional. **Contabilidad y Negocios**, v. 16, n. 31, 2021.

ZEHR, H. **Trocando as Lentes – um foco sobre o crime e a justiça, tradução de Tônia Van Acker**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.