

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

VIVIANE NICOLAU PASIN

A LIMITAÇÃO DE DESCONTOS NO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

PORTO ALEGRE

2016

VIVIANE NICOLAU PASIN

A LIMITAÇÃO DE DESCONTOS NO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem.

PORTO ALEGRE

2016

Viviane Nicolau Pasin

A LIMITAÇÃO DE DESCONTOS NO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 14 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem
Orientador

Professor Doutor Marco Antonio Karam Silveira

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

RESUMO

Este trabalho analisa o empréstimo consignado no Brasil à luz da nova teoria contratual e das normas e princípios orientadores do Direito do Consumidor. Expõe a mudança de paradigma no direito contratual brasileiro, com a preponderância da boa-fé e a busca pela equidade nas relações contratuais, especialmente quando há vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra, como é o caso das relações de consumo. Trata dos deveres das instituições financeiras na concessão de crédito, com enfoque na modalidade contratual que autoriza o desconto das parcelas diretamente nos rendimentos do consumidor. Destaca o risco de superendividamento, analisando as técnicas interpretativas utilizadas pela jurisprudência e as propostas de solução indicadas pela doutrina, atentando para a necessidade de se observar o princípio da dignidade humana na readequação do contrato, preservando-se o que se define por mínimo existencial.

Palavras-chave: Boa-fé contratual. Equidade contratual. Empréstimo consignado. Superendividamento. Mínimo existencial.

ABSTRACT

This paper analyzes the direct consigned loan in Brazil in the light of the new contractual theory and the norms and guiding principles of Consumer Law. It exposes the paradigm shift in Brazilian contractual law, with the preponderance of good faith and the search for equity in contractual relations, especially when there is vulnerability of one party to the other, as is the case of consumer relations. It deals with the duties of financial institutions in the granting of credit, focusing on the contractual modality that authorizes the discount of the installments directly in the consumer's income. It highlights the risk of over-indebtedness, analyzing the interpretive techniques used by jurisprudence and the proposed solutions indicated by the doctrine, paying attention to the need to observe the principle of human dignity in the readjustment of the contract, preserving what is defined by existential minimum.

Keywords: Contractual good faith. Contractual equity. Consigned loan. Super indebtedness. Existential minimum.

SUMÁRIO

1 Introdução

2. A Nova Teoria Contratual

2.1. Prevalência da boa-fé e da função social

2.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos

2.2.1. Contratos Bancários de Consumo

2.2.2. ADIn dos Bancos

3. Efeitos da aplicação do CDC aos contratos de empréstimo consignado

3.1. Flexibilização da intangibilidade salarial. Fundamentos do empréstimo consignado no Brasil.

3.2. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos bancários.

3.2.1. Vulnerabilidade e dever anexo de informação

3.2.2. Dever anexo de cooperação e a renegociação do contrato

3.3. Fundamentos dos limites da consignação

3.3.1. Consignação excessiva como abuso de direito

3.3.2. Limites legais

3.3.3. Garantia do mínimo existencial

4 Conclusão

5 Bibliografia

1 Introdução

Essa pesquisa se sustentará, principalmente, na Nova Teoria Contratual, muito bem explorada por Claudia Lima Marques em muitas de suas obras. Nas lições da nobre doutrinadora, especialmente no que se refere aos direitos do consumidor, houve uma modificação do princípio tradicional da autonomia da vontade. O que prevalece agora é, antes de mais nada, o princípio da boa-fé, também destacado no Código Civil de 2002, que demonstra forte aproximação principiológica com o Código de Defesa do Consumidor em relação à regulação contratual.

O enfoque da prestação jurisdicional e das garantias legais é na equidade e no equilíbrio da relação contratual. Busca-se garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, reconhecendo-se que as relações de consumo são relações desiguais, de modo que o consumidor necessita de mais direitos e garantias para que sua vontade de contratar seja realmente livre.

Portanto, no regime contratual vigente atualmente, tanto nas relações de consumo como no âmbito civilista em geral, observamos a primazia da boa-fé, de modo que se estabelecem novos deveres e limites aos contratantes a fim de permitir a realização das expectativas legítimas. A isso se alia a proteção do contratante vulnerável, uma consequência lógica do agir de boa-fé.

A vulnerabilidade do consumidor já está reconhecida por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não há divergência legislativa, doutrinária ou jurisprudencial acerca disso. No caso das relações bancárias, inicialmente houve uma tentativa das instituições financeiras de “fugir” da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, conhecida como “ADIn dos Bancos”, deu fim a essa questão específica, declarando constitucional a parte final do §2º do art. 3º do CDC.

No caso dos contratos de concessão de crédito, a necessidade de observância pelas instituições financeiras (fornecedoras, na forma do CDC) dos deveres de boa-fé, informação, cuidado e cooperação é ainda mais preponderante, para que se

evite o fenômeno do superendividamento¹ do consumidor. Em razão de todas as nuances que circundam este tipo de contrato, como instabilidade econômica, publicidade abusiva e concessão irresponsável, o consumidor brasileiro está muito sujeito ao risco de se ver em situação de comprometimento excessivo de renda para pagamento de empréstimos.

Em relação ao contrato de empréstimo consignado, observa-se que, em se tratando de uma modalidade com risco mínimo de inadimplemento, as instituições financeiras preocupam-se muito pouco em estabelecer uma comunicação real com o consumidor, pois a informação que lhes é necessária é apenas se o sujeito tem um salário, se dispõe de margem consignável e se deseja contratar o empréstimo. Isso aumenta ainda mais o risco de superendividamento.

Percebe-se que não há uma preocupação em investigar a capacidade do consumidor de adimplir as prestações do contrato, tampouco em como a contratação influenciará a sua situação econômica, pois o desconto será feito diretamente em sua folha de pagamento.

Deixando de haver risco de inadimplemento, a instituição financeira deixa de cumprir seu dever de cooperação com seu parceiro contratual vulnerável, o consumidor. Tal conduta precisa ser analisada sob a ótica do princípio da boa-fé e da colaboração, especialmente porque o consumidor brasileiro não tem o hábito de ler os contratos que assina – e, mesmo que tivesse esse hábito, a linguagem é pouco acessível.

Além disso, a publicidade referente a contratos de crédito não costuma obedecer aos regramentos da legislação consumerista, vendendo o contrato como algo extremamente vantajoso, por vezes até como uma salvação, prejudicando ainda mais a formação de um consentimento esclarecido. Todo esse contexto pode acabar levando o consumidor à concordância com um comprometimento de renda muito maior do que poderia suportar.

¹ Adota-se como conceito de superendividamento a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos), conforme definido por Claudia Lima Marques.

Esses casos chegam ao Poder Judiciário, onde o consumidor busca a revisão da cláusula de desconto, a fim de readequá-la de modo a restaurar uma renda mínima para que possa garantir o seu sustento e viver com dignidade. As instituições financeiras, por sua vez, buscam garantir o cumprimento do que foi estabelecido no contrato, encontrando arcabouço inclusive em normas específicas que estabelecem como limite de descontos até 70% da renda do trabalhador.

Na jurisprudência há entendimentos variados, ora limitando-se os descontos apenas com base em tais normas, ora interpretando-se o contrato de forma teleológica, sob o prisma das garantias fundamentais previstas na constituição federal e dos princípios de direito do consumidor, buscando a preservação do chamado “mínimo existencial”.

A doutrina, por sua vez, tomando o exemplo do direito europeu, sustenta a existência de um dever de renegociação decorrente do dever anexo de cooperação, dando como embasamento na legislação brasileira o inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Se o consumidor se vê impossibilitado de arcar com suas despesas básicas em razão das dívidas assumidas, a conduta esperada pela instituição financeira seria de readequar o contrato às possibilidades do indivíduo superendividado, preservando a relação contratual e oportunizando o seu adimplemento.

A questão principal e específica que se pretende explorar aqui são quais os fundamentos mais adequados para a limitação dos descontos em folha de pagamento a título de empréstimo consignado. Também se tem por objetivo analisar como se tem interpretado os regramentos normativos que tratam do tema, bem como se tais interpretações estão em consonância com a nova teoria contratual e com os princípios norteadores das relações de consumo.

Pretende-se analisar o conceito de mínimo existencial e de que forma a sua preservação influencia contratos de crédito que levam ao superendividamento, bem como de que maneira isso tem sido tratado pela doutrina e pela jurisprudência. Do mesmo modo, se tem por intenção expor a aplicabilidade do diálogo das fontes ao

se interpretar estes contratos e buscar resolver aparentes contradições entre os diversos regramentos que tratam do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, ainda, observar as práticas das instituições financeiras e se a sua conduta tem se mostrado em conformidade com o direito do consumidor, bem como qual é o seu papel no combate ao problema social do superendividamento, destacando-se que um contrato de crédito que acaba impedindo a integração do consumidor na sociedade de consumo deixa de cumprir a sua função social.

Em se tratando o empréstimo consignado de espécie contratual que excepcionalmente flexibiliza a proteção ao salário com o propósito de promover maior acesso ao crédito, é necessário atentar para todas as normas e princípios que circundam tal relação.

2. A Nova Teoria Contratual

O direito contratual, tradicionalmente, pautava-se de forma primordial no princípio da autonomia da vontade. Os contratos tinham força obrigatória decorrente da palavra voluntariamente dada, de modo que a vontade era o cerne não só do Direito objetivo como um todo, como o núcleo do próprio Estado². Nesse sentido, refere Karen Bertoncello³:

Sob a égide do Estado Liberal, a obrigação era entabulada entre as partes e sua validade encontrava óbice apenas no caso de consentimento viciado, ainda que o conteúdo do contrato fosse injusto ou abusivo, ocorrendo a invalidação do negócio somente em hipóteses excepcionais. Do mesmo modo, os motivos da contratação e as expectativas originais eram irrelevantes.

Contudo, houve uma mudança de paradigma. O Direito Civil passou por uma contextualização social, modificando-se para tutelar não só indivíduos exercendo sua liberdade, mas pessoas inseridas em uma comunidade, cujas ações repercutem em toda a sociedade da qual fazem parte.

Nas lições de Teresa Negreiros⁴, essa transformação foi ocorrendo ao longo do século XX, começando pela função social da propriedade, seguindo-se pela função social dos contratos. Aponta-as como “os dois pilares conceituais e ideológicos do direito civil” e ensina que a nova concepção de contrato é uma concepção social, contrapondo-se ao modelo liberal clássico.

Conforme ensina o professor Luis Renato Ferreira da Silva⁵, a função social e a boa-fé, princípios norteadores do direito contratual brasileiro, consolidados nos arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, consistem na aplicação do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade solidária, previsto no art. 3º, inc. I, da nossa Constituição Federal. Trata-se da conscientização de que “o

² NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato - Novos Paradigmas, p. 25.

³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento e dever de renegociação.

⁴ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato - Novos Paradigmas, p. 7.

⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social p. 149.

entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados”⁶.

Além disso, com a massificação das relações contratuais, os contratos de adesão tornaram-se um padrão, passando-se a refletir até que ponto há uma real manifestação de vontade neste tipo de contratação. O Código Civil, demonstrando as novas tendências do direito contratual brasileiro de proteger o contratante mais vulnerável, traz certas prerrogativas ao aderente:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Trata-se de uma tentativa de reequilibrar a relação contratual, tratando de forma desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade. O aderente não dispõe da mesma autonomia que a parte responsável pela redação das cláusulas contratuais, de modo que, em atenção ao princípio da boa-fé, precisa receber um tratamento diferenciado, contando com uma maior proteção para que os seus interesses também sejam garantidos, e não só os do redator do contrato.

Essa tendência é ainda mais forte no âmbito do Direito do Consumidor. Verifica-se, portanto, uma busca pela equidade no contrato, e não mais a igualdade formal entre as partes. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁷, o que se prioriza no contrato é a justiça:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocam seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos. [...] O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros, e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.

⁶ Ibid, p. 152.

⁷ REsp 45.666-5/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.05.1994.

A equidade contratual se refere a estabelecer a igualdade material entre os contratantes, equilibrando seus direitos e deveres de modo a alcançar um contrato realmente justo. Esse princípio aparece expressamente no Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV), que taxa como cláusula abusiva e, portanto, nula de pleno direito, aquela que atente contra a equidade.

Claudia Lima Marques ensina que o CDC institui como valores superiores à vontade das partes manifestada no contrato o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo, protegendo-se os legítimos interesses e expectativas dos consumidores⁸. A nobre jurista dispõe, ainda, que mesmo que uma cláusula tenha sido aceita conscientemente pelo consumidor, a autonomia da vontade não prevalecerá se tal cláusula for abusiva, pois “o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC”⁹.

Acerca da nova teoria contratual, a doutrinadora faz um comparativo com a concepção clássica de Savigny¹⁰, segundo a qual “a vontade interna deveria prevalecer sobre a vontade declarada”. Explica que atualmente prevalece a “teoria da confiança”, priorizando-se “a vontade declarada e a aparência de vontade”. Critica a ideia de Savigny por não levar em consideração a segurança nas relações jurídicas ao tomar a vontade como única legitimadora do vínculo contratual e expõe que na nova concepção de contrato ela deixa de ser o elemento nuclear, “surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*”¹¹.

Refere, ainda, que a primazia deixou de ser a da vontade para ser a da lei. Citando o autor italiano Emilio Betti¹², explica que o contrato seria por excelência um ato de autonomia privada, em se tratando de ato de autorregulamentação de interesse das partes, porém tal ato deve “ser realizado nas condições permitidas pelo direito”, pois esta é a única forma pela qual a lei dá ao contrato eficácia jurídica.

⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 902.

⁹ Ibid., p. 279.

¹⁰ Ibid. p. 212.

¹¹ Ibid., p. 211. Grifo no original.

¹² Ibid., p. 211.

Nesse passo, a autonomia da vontade ainda tem papel fundamental na formação e interpretação dos contratos, mas está limitada pelas determinações legais e não poderá ser exercida fora destes limites.

Consequentemente, há uma relativização também do estrito cumprimento do contrato, bem como do princípio clássico de que a avença não pode ser modificada senão por expressa manifestação de ambas as partes. Se o contrato é contrário à lei, a vontade das partes é, em regra, indiferente; a ilegalidade será sanada de acordo com a previsão legal. Marques assim ensina¹³:

A nova concepção de contrato destaca, ao contrário [do papel da autonomia da vontade], o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para 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 contrato.

Sendo assim, o Estado passou a intervir nas relações contratuais a fim de torná-las mais justas e equilibradas, permitindo-se inclusive o controle do conteúdo dos contratos pelos juízes. Seguindo nas lições de Claudia Lima Marques¹⁴:

É o intervencionismo estatal que, ao editar leis específicas, pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no princípio da boa-fé (dever de informar, obrigação de substituir peça, renovação automática da locação, dever de devolução pronta dos valores pagos no consórcio etc.), mesmo que as partes não as queiram, não as tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual.

Estamos diante, portanto, de um direito contratual que prioriza o interesse coletivo de toda a sociedade em detrimento dos interesses particulares envolvidos. Os interesses particulares só serão considerados se estiverem de acordo com o que a lei determina, respeitando os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Abordando a questão da socialização da teoria contratual, Marques¹⁵ refere que na nova concepção de contrato se reconhece um estilo de pensamento mais

¹³ Ibid., p. 276.

¹⁴ Ibid., p. 276.

¹⁵ Ibid., p. 213-214.

orientado à solução dos problemas, “criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico”. Prioriza-se a resolução do conflito, criando-se leis mais concretas e menos conceituais, orientadas pela intenção de solucionar os “novos problemas propostos pela nova realidade social”, fundadas em princípios norteadores da ação dos julgadores que terão de resolver estes conflitos.

O Código de Defesa do Consumidor é indicado pela doutrinadora como o reflexo mais visível da nova concepção de contrato. Nas palavras dela, o CDC “representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual”¹⁶.

2.1. Prevalência da Boa-fé e da Função Social

Conforme já mencionado, a boa-fé funciona como orientadora dos contratos civis e comerciais. Observa-se da leitura do Código Civil que ela não só cria deveres (art. 422), como também define limites (art. 187) e norteia a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113)¹⁷:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁶ Ibid., p. 268

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 220.

Nesse sentido, de acordo com Claudia Lima Marques¹⁸, o princípio da boa-fé objetiva funciona como parâmetro genérico de atuação e tem desdobramentos de grande relevância no direito contratual – e, principalmente, no direito do consumidor. Em sua função criadora, é fonte dos chamados deveres anexos, deveres especiais de conduta conjuntamente aos deveres de prestação contratual.

Além disso, conforme demonstrado acima, a boa-fé é fonte de responsabilidade por ato ilícito, tendo em vista que impõe novos riscos profissionais inerentes à contratação. É também causa limitadora do exercício abusivo de direitos subjetivos, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, e funciona, ainda, na concreção e interpretação dos contratos, orientando uma visão real e total da contratação.

A ilustre doutrinadora resume muito bem a boa-fé objetiva no seguinte trecho¹⁹:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

A função social dos contratos, por sua vez, conforme já mencionado, vem acolhida expressamente no art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Trata-se, nas palavras de Judith Martins-Costa²⁰ da “expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus *corpora* normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, *in fine*)”.

Acerca da socialidade, o professor Gerson Branco²¹ refere o seguinte:

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 214-215.

¹⁹ *Ibid.*, 216.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In Estudos de direito do consumidor, p. 51.

²¹ BRANCO, Gerson. Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil, p. 267.

A socialidade (...) se produz na necessidade de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes. É assim possível a conciliação entre diretrizes centrais do ordenamento, polos em torno dos quais o direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social.

No caso dos contratos bancários de consumo, conforme será explanado mais adiante neste trabalho, o valor socialmente relevante que se sobrepõe ao interesse particular da instituição financeira é a proteção do consumidor, parte vulnerável da relação contratual. Essa proteção é norma constitucional e não pode ser ignorada.

Além disso, a Constituição Federal, no inciso I de seu art. 3º, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Considerando o estágio avançado de divisão do trabalho social nas sociedades modernas, Luis Renato Ferreira da Silva analisa de que forma essa orientação constitucional influencia as relações contratuais no âmbito do Direito Privado²²:

Em uma sociedade massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados. Assim, a inadimplência de um grupo de consumidores (seja pela onerosidade excessiva que surja nos contratos de consumo, seja pela alteração das circunstâncias nas quais ditos contratos foram firmados) acarretará a inadimplência do lojista com seu fornecedor que, por sua vez, poderá repercutir na relação deste com aquele que lhe alcança a matéria-prima e deste, por sua vez, com quem o financia e assim sucessivamente.

Trata-se, portanto, da ideia de “solidariedade orgânica” teorizada pelo sociólogo francês Émile Durkheim, na qual a ampliação da autonomia especializada de cada indivíduo gera uma ampliação da dependência das demais partes do corpo social. Como explica o nobre professor supracitado, “a solidariedade que se estabelece é entre órgãos com funções autônomas”²³. Sendo assim, conclui-se que toda a relação contratual tem uma influência abrangente sobre a sociedade, indo

²² SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, p.152.

²³ Ibid., p. 150.

muito além das partes que a constituem, e por essa razão só se dá força obrigatória aos contratos que respeitam os regramentos jurídicos estabelecidos.

O professor Luis Renato dispõe, ainda, que “[o]s contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna”. Explica que as relações econômicas têm sua agilidade mantida pelos contratos, devendo o direito privado maximizar as oportunidades econômicas, mantendo a reciprocidade das vantagens. O professor assim conclui²⁴:

Por isto, pode-se dizer que o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo às razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação.

Judith Martins-Costa segue a mesma ideia²⁵:

Integra e constitui o “interesse social” a preservação do mercado e da própria autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento por excelência para a promoção da circulação de bens e serviços com segurança jurídica e previsibilidade.

Sendo assim, para que o contrato atenda sua função social ele precisa ser realizado de modo a promover seu próprio adimplemento. Um contrato injusto, desigual, que não forneça vantagens de forma paritária aos contratantes dificilmente será cumprido, razão pela qual deve sempre “permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas”²⁶. Precisa ser desenvolvido com justiça e utilidade.

Desse modo, a manutenção do contrato também faz parte da sua função social. Portanto, quando “se perde a comutatividade que a relação contratual pressupõe para manter-se justa, faz-se mister uma revisão dos seus termos para que não se privilegie o desfazimento”²⁷. Há uma flexibilização do efeito vinculante do contrato (princípio conhecido como *pacta sunt servanda*) para priorizar a sua

²⁴ Ibid., p. 156-157.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith, em prefácio a BRANCO, Gerson. Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil, p. 253.

²⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, p.157.

²⁷ Ibid., p. 165.

manutenção mediante a revisão, prevista no Código Civil para casos de lesão e onerosidade excessiva. O professor assim resume²⁸:

De outra banda, a vinculatividade absoluta pode acarretar a inutilidade e/ou a injustiça na relação contratual, fazendo-se necessário proceder à revisão do contrato para com isto propiciar a sua manutenção, finalidade também oriunda da função social, pois impõe aos contratantes pensarem na viabilidade do projeto contratual mais do que nas eventuais vantagens individuais excessivas que possam ter.

Pode-se entender, portanto, a função social dos contratos como limitadora da autonomia da vontade. Contudo, o art. 421 do CC não simplesmente limita o exercício da liberdade de contratar; ele estabelece que essa liberdade será exercida “em razão da função social”. Nas belas palavras de Martins-Costa²⁹:

Assim sendo, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual* projetando a sua eficácia nas relações atingidas pelo contrato como fato social que é.

Decorre destes princípios norteadores a tendência do Direito brasileiro de instituir mecanismos de proteção dos interesses da parte mais fraca e vulnerável do contrato, conforme já exposto em relação às prerrogativas legais previstas para o aderente no contrato de adesão. Trata-se de uma busca por garantir que o contratante mais fraco possa expressar livremente sua vontade, garantir-lhe um consentimento esclarecido.

Essa tendência consolidou-se com o novo Código Civil, mas nasceu em nosso ordenamento jurídico com o Código de Defesa do Consumidor. Teresa Negreiros, usando as palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, indica o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, como um marco da mudança de mentalidade em relação ao direito contratual, “consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional sobre as relações contratuais de consumo”³⁰.

²⁸ Ibid., p. 169.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In Estudos de direito do consumidor, p. 75. Grifos no original.

³⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato - Novos Paradigmas, p. 27-28.

Sempre há movimento contrário daqueles que buscam priorizar seus interesses, mas, como veremos a seguir, a jurisprudência brasileira tem se mostrado firme em manter estas garantias e estruturar relações contratuais mais equitativas.

2.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos

A proteção do consumidor é um direito fundamental e um princípio orientador da ordem econômica por expressa disposição constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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

[...]

V - defesa do consumidor;

Nesse sentido, ao tratar da abrangência da aplicabilidade das normas de defesa do consumidor às relações bancárias, Bruno Miragem refere o seguinte³¹:

A premissa básica do direito do consumidor é de que se trata de intervenção legislativa no domínio econômico para corrigir uma situação de desigualdade fática entre o consumidor, reconhecido como sujeito vulnerável, e o fornecedor, que, ao se organizar para oferecer produtos e serviços no mercado, presume-se com maior capacidade negocial e *expertise* na atividade que desenvolve.

Sendo assim, quando há na relação bancária os pressupostos estabelecidos pelo Direito do Consumidor, trata-se de relação de consumo e assim deverá ser tutelada – sem deixar de observar, é claro, as demais normas que regulam o Sistema Financeiro.

³¹ MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário, p. 179.

2.2.1. Contratos Bancários de Consumo

Bruno Miragem ensina que para que um contrato seja considerado como bancário há dois critérios principais: subjetivo e objetivo. Um contrato bancário precisa ter como uma das partes uma instituição financeira e ter por objeto a intermediação de crédito³².

O professor explica, ainda, que são contratos tipicamente de adesão. Em razão da contratação massificada e da exigência de diligência e “técnica na prudente avaliação, mensuração e mitigação de riscos decorrentes das operações” de que participam as instituições financeiras, é necessário padronizar os instrumentos contratuais. Trata-se de estratégia de gestão dos negócios bancários que atrai a incidência dos já analisados arts. 423 e 424 do CC³³.

Destaca que, embora confirmada a aplicação do CDC às atividades bancárias, nem todas as relações bancárias são relações de consumo. Para que sejam classificadas como tal, dependem da presença de consumidor, conforme definição do art. 2º do código consumerista (seja o consumidor propriamente dito indicado no *caput* ou o consumidor por equiparação indicado no parágrafo único), e de fornecedor, devendo a instituição financeira enquadrar-se na definição do art. 3º. Preenchidos estes requisitos, o CDC será aplicável à relação bancária, sendo o contrato considerado como de consumo tanto para imposição de “regimes de responsabilidade pelo fato (acidente de consumo, art. 14) e pelo vício (art. 20) do serviço” quanto para obrigar “o fornecedor ao respeito dos direitos básicos do consumidor (art. 6º)”³⁴.

Importante mencionar que se tem adotado um conceito extensível de consumidor, defendido por Claudia Lima Marques, reconhecendo-se esta condição sempre que se verificar a vulnerabilidade de um dos contratantes em relação ao

³² Ibid., p. 254.

³³ Ibid., p. 289 e ss.

³⁴ Ibid., p. 81.

outro, ainda que não seja o destinatário final propriamente dito. Miragem explica que há, inclusive, uma tendência jurisprudencial de estender a aplicação do CDC à relação entre sociedades empresárias e instituições financeiras, não se levando em consideração a destinação dos recursos pelo tomador de crédito³⁵.

A tendência de se tentar “blindar” os bancos ao Direito do Consumidor é compreensível, pois o Sistema Financeiro é algo delicado e as consequências de certas medidas podem ser catastróficas. Porém, a proteção dos consumidores tem origem na Constituição Federal e inclusive está posta como princípio da ordem econômica, não podendo ser flexibilizada, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.591/DF, que reconheceu a constitucionalidade da aplicação do CDC aos serviços de natureza “bancária, financeira, de crédito e securitária”, conforme se analisa a seguir.

2.2.2. ADIn dos Bancos

O Código de Defesa do Consumidor, no § 2º de seu art. 3º, deixou clara sua aplicabilidade às relações bancárias, definindo expressamente como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Contudo, a Confederação Nacional das Instituições Financeiras questionou a constitucionalidade desta aplicação na ADIn 2.591/DF, apontando irregularidade formal, tendo em vista que o art. 192 da Constituição Federal refere que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por leis complementares, enquanto o Código de Defesa do Consumidor fora aprovado como lei ordinária.

Também foram apontadas inconstitucionalidades materiais, como a suposta inaplicabilidade do regime de cláusulas abusivas do CDC para controle de juros nos

³⁵ Ibid., p. 177-178.

contratos bancários, haja vista o fato de o STF ter previamente considerado como norma não autoaplicável o § 3º do art. 192 da Constituição, que estabelece limite de 12% para juros reais anuais. Apontaram, ainda, o fato de já existirem normas de defesa do “consumidor bancário” no âmbito de competência regulamentar do Banco Central³⁶.

Em relação à suposta inconstitucionalidade formal apontada, interessante observar o que disse Cristiane Derani no parecer do BRASILCON, que atuou como *amicus curiae* na referida ação.

A ilustre professora explicou que “[r]elação de consumo entre instituição financeira e consumidor de crédito, entre instituição financeira e consumidor de serviço bancário, são atividades que não constituem o Sistema Financeiro”³⁷, referindo que o CDC disciplina o desenvolvimento de atividades de mercado que se dão a partir da edificação da ordem e da unidade do Sistema Financeiro e estão, portanto, além dele, são atividades externas a ele, não sendo cabível a exigência, neste caso, de lei complementar para a sua regulamentação.

Além disso, destaca-se a distinção entre normas de conduta e normas de organização. Para conceituar essas espécies normativas, Marques traz as lições de Eros Roberto Grau. Citando Miguel Reale, ele explica que normas de conduta têm por finalidade imediata “disciplinar o comportamento dos indivíduos ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral”. Citando Norberto Bobbio, Grau refere que normas de organização têm por função estabelecer condições que possibilitem a cooperação entre grupos e/ou indivíduos que buscam um mesmo fim, com o objetivo de “assegurar uma convivência juridicamente ordenada”³⁸.

No caso do § 2º do art. 3º do CDC, trata-se de norma de conduta, o que afasta a necessidade da matéria ser tratada por lei complementar, o que só ocorre em relação às normas de organização do Sistema Financeiro Nacional.

³⁶ Ibid., p. 174.

³⁷ MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591, p. 41.

³⁸ Ibid., p. 74-75.

Acerca do significado do julgamento da ADIn para o Direito brasileiro, Claudia Lima Marques assim resume³⁹:

Em outras palavras, o STF reconheceu que o direito do consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado *sui generis* brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo de várias fontes legislativas de direito privado (CDC, Código Civil e leis do sistema financeiro e securitário), sob a luz e a orientação do sistema de valores da Constituição.

O julgamento foi, portanto, uma consolidação da relevância da proteção do consumidor em nosso ordenamento jurídico; foi uma concretização deste princípio constitucional. Inseriu-se definitivamente o diálogo das fontes como técnica interpretativa, demonstrando como o julgador deve se colocar quando diante de regramentos aparentemente dissonantes, indicando que a solução é analisá-los de forma conjunta, sob a orientação dos princípios gerais aplicáveis àquela relação jurídica.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 532.

3. Efeitos da aplicação do CDC aos contratos de empréstimo consignado

Neste capítulo analisaremos o empréstimo consignado no direito brasileiro, observando suas origens, seu respaldo legal e como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias de consumo influencia – ou deve influenciar – a conduta das instituições financeiras nesta modalidade contratual.

3.1. *Flexibilização da intangibilidade salarial. Fundamentos do empréstimo consignado no Brasil.*

A tradição do nosso ordenamento jurídico é de proteção do salário, principalmente levando em conta o que dispõe a Constituição Federal neste sentido:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família [...] com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Acerca do princípio da intangibilidade salarial, consolidado no inciso X colacionado acima, no belíssimo artigo “Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário”, Rosângela Cavalazzi, Saynora Grillo da Silva e Clarissa Costa de Lima resumiram muito bem como se pauta e qual o peso da proteção ao salário no Brasil:

O princípio da intangibilidade salarial nucleia o sistema específico de proteção ao salário, ao assegurar a esfera de disponibilidade e liberdade de dispor o trabalhador de sua única fonte de subsistência.

Indisponibilidade, intangibilidade, impenhorabilidade e irredutibilidade são os princípios estruturantes da tradição jurídica do constitucionalismo pautado na defesa do trabalho humano e do direito laboral.

No referido artigo, as juristas fazem uma análise do que levou à “invenção” da tradição da consignação em folha de pagamento no direito brasileiro, explicando que a medida provisória que foi convertida na Lei nº 10.820/2003 instituiu o crédito consignado em folha de pagamento a fim de combater a agiotagem e reduzir as taxas de juros, de modo a ampliar o acesso ao consumo, dando mais poder de compra às classes populares.

Inicialmente, a referida lei autorizava esta modalidade contratual apenas para os empregados regidos pela CLT. Com a nova redação dada pela Lei nº 10.953/2004, a Lei nº 10.820 passou a dispor “sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento” também para os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, de acordo com as determinações do INSS, que estabelece na Instrução Normativa nº 28, de 16 de maio de 2008, “critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social”.

O empréstimo consignado trata-se de uma modalidade benéfica para o credor devido ao risco mínimo de inadimplemento e, por esta razão, oportuniza maior acessibilidade ao crédito para os consumidores, pois as taxas de juros são bastante inferiores às de outras modalidades de empréstimo pessoal.

Contudo, o preço disso é a flexibilização da proteção do salário do trabalhador – ou dos proventos do aposentado ou pensionista. O consumidor não tem a opção de ficar inadimplente; se por alguma razão sua renda deixar de ser suficiente para o seu sustento e de sua família, o pagamento da dívida será obrigatoriamente priorizado em relação aos demais gastos. A pessoa precisará se manter com o que restar da consignação.

Há, portanto, uma exacerbação da sua vulnerabilidade, fazendo-se necessária uma análise diferenciada deste tipo de contrato, levando em consideração todas as suas nuances e peculiaridades, tratando-o como um permissivo excepcional do comprometimento do salário. O artigo supracitado assim refere:

De toda sorte, é importante observar que a "nova tradição", construída pelas mãos dos agentes operadores do mercado de crédito, corrói a tradição jurídica clássica da intangibilidade e da impenhorabilidade salarial, exigindo uma nova tradução, que revele o caráter das tradições inventadas e reforce o papel ativo do intérprete do direito na contenção dos poderes do mercado pela força da aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos consumidores com a definição de sua existência e liberdade salarial.

É fundamental mencionar que não há debate na jurisprudência acerca da admissibilidade do contrato de empréstimo consignado em nosso ordenamento jurídico. Há muitas críticas, principalmente na doutrina, conforme se denota do que foi exposto acima, mas trata-se de uma modalidade contratual aceita e reconhecida por nossos julgadores.

Porém, conforme já mencionado, por flexibilizar a proteção do salário, há muita divergência quando se interpretam as legislações específicas que regulamentam o consignado para variados grupos de profissionais (conforme veremos na sequência), especialmente porque a incidência dos princípios do direito consumerista levanta questionamentos sobre a aplicabilidade irrestrita de certas normas, bem como leva à reflexão acerca de soluções alternativas que permitam ao consumidor seguir adimplindo suas dívidas sem prejuízo não só de sua subsistência, mas de sua existência digna e do exercício de seus direitos como ser social.

3.2. Princípio da Boa-Fé Objetiva nos Contratos Bancários.

No capítulo anterior, tratamos acerca da boa-fé como norteadora da nova teoria dos contratos, analisando sua influência de modo geral sobre o nosso ordenamento jurídico. No âmbito do direito do consumidor, a boa-fé tem um peso ainda maior

sobre todas as fases da contratação. Nesse sentido, Claudia Lima Marques cita Paulo Luiz Neto Lôbo⁴⁰:

O princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos.

A correção de tal entendimento se evidencia na análise do Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 4º, inc. III, coloca a boa-fé como base orientadora do tratamento dos consumidores⁴¹, e em seu art. 51, inc. IV, estabelece a nulidade das cláusulas que sejam incompatíveis com este princípio⁴².

A referida doutrinadora ensina que a boa-fé no Direito do Consumidor, ao funcionar como cláusula geral, leva o juiz a concretizá-la, pois a sua aplicação implica um papel ativo do julgador. Havendo violação do mencionado paradigma de conduta, deverão ser aplicadas as soluções previstas no Código de Defesa do Consumidor, que vão desde modificação das cláusulas até sua nulidade absoluta.

Refere, ademais, “que o art. 51, IV, do CDC é a cláusula geral de boa-fé nos contratos entre fornecedores e consumidores, inclusive os contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”, e que o art. 47 (“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”) funciona como norma concretizadora deste princípio⁴³.

⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 222.

⁴¹ 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: [...] 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;

⁴² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 229; 232; 235.

Conforme já mencionado anteriormente, a boa-fé tem função criadora, pois gera deveres anexos, que vão além da contratação por si só. Analisaremos a seguir o dever de informação e o dever de cooperação nos contratos de empréstimo consignado.

3.2.1. Vulnerabilidade e dever anexo de informação

Uma das principais características do consumidor é a sua vulnerabilidade⁴⁴ diante do fornecedor. Bruno Miragem refere que “o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor”⁴⁵. Claudia Lima Marques, por sua vez, distingue a vulnerabilidade do consumidor em quatro grupos: técnica, jurídica, fática e informacional.

A vulnerabilidade técnica refere-se à falta de conhecimentos específicos em relação às características e à utilidade do bem ou serviço adquirido e “no sistema do CDC é *presumida* para o consumidor não profissional”⁴⁶. Por outro lado, presume-se que o fornecedor “tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço que ofereça”, exigindo-se dele “a expertise e o conhecimento mais exato das características essenciais do objeto da relação de consumo”⁴⁷.

A vulnerabilidade jurídica está relacionada à falta de conhecimento das implicações jurídicas do contrato e de suas consequências ao patrimônio do consumidor, inserindo-se aqui não só a falta de expertise jurídica, mas também de contabilidade e economia.

⁴⁴ Em sua obra “Curso de Direito do Consumidor”, Bruno Miragem assim conceitua a vulnerabilidade: “Associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. No CDC, há uma presunção de vulnerabilidade do consumidor; todos são considerados vulneráveis, uma vez que, em princípio, não possuem o poder de direção da relação de consumo” (p. 267).

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 121

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 324, grifo no original.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 123.

No que tange à vulnerabilidade informacional, Claudia Lima Marques ensina que “[n]o mundo atual, o déficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo”⁴⁸, pois embora haja abundância de informação, ela é controlada pelos fornecedores, representando o maior fator de desequilíbrio nas relações de consumo. Torna, portanto, essencial o dever do fornecedor de compensar essa desigualdade.

Por fim, a vulnerabilidade fática, nas lições de Bruno Miragem⁴⁹, trata-se de espécie ampla que abrange diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor, que, no caso da modalidade contratual aqui estudada, pode ser tanto por se tratar de consumidor idoso quanto por se tratar de consumidor já bastante endividado que vê no consignado uma tábua de salvação para o mar de dívidas em que se encontra, de modo que tem menor poder de barganha em razão da necessidade e dependência do contrato.

Cabe aqui uma breve abordagem do conceito de hipervulnerabilidade do consumidor idoso, um dos principais alvos das instituições financeiras para esta modalidade contratual.

São bastante recorrentes na jurisprudência os casos de empréstimo consignado contratado por idosos dependentes de proventos do INSS. Conforme já vimos, há permissão legal para essa contratação, nos termos da Lei nº 10.820/2003:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

Acerca da vulnerabilidade do consumidor idoso, Bruno Miragem ensina que é basicamente demonstrada em razão da “diminuição ou perda de determinadas

⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 339.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 268-269.

aptidões físicas ou intelectuais”, prejudicando a sua capacidade negocial e tornando-o mais suscetível a aceitar o que for proposto pelo fornecedor, e em razão de uma relação de dependência gerada pela “necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo”⁵⁰.

No caso específico dos empréstimos financeiros com pagamento consignado em folha, o nobre professor ensina que tendo em vista os baixos valores pagos pela Previdência Social, muitos aposentados e pensionistas recorrem a essa modalidade contratual “para atendimento de despesas ordinárias pessoais ou ainda, em vista da taxa de juros favorecida, como recurso para o atendimento das necessidades de parentes ou amigos próximos”⁵¹. Desse modo, o jurista assim dispõe acerca dos deveres da instituição financeira diante de tal realidade contratual⁵²:

Assim se reforçam os deveres de lealdade, informação e colaboração entre o consumidor idoso e a instituição financeira que realiza o empréstimo, em vista de suas condições de adimplir o contrato sem o comprometimento de necessidades vitais, assim como a se evitar o consumo irresponsável de crédito e o superendividamento.

Pois bem. Traçado o perfil do consumidor da modalidade contratual sob análise e levando em consideração as normas e princípios orientadores na nova teoria contratual e do direito consumerista, fica evidente o peso do dever de informação da instituição financeira nos contratos de empréstimo consignado.

O art. 52 do CDC dispõe o seguinte:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

⁵⁰ Ibid., p. 128.

⁵¹ Ibid., p. 130.

⁵² Ibid., p. 130.

Sendo assim, há informações essenciais que por expressa disposição legal a instituição financeira é obrigada a fornecer ao consumidor na fase pré-contratual. Deixar de fornecer estas informações configura inadimplemento contratual, de modo que o CDC prevê consequências específicas para a violação do dever de informação: no art. 35, prevê o cumprimento específico da oferta ou perdas e danos; no art. 46, a ineficácia da obrigação não informada ao consumidor; no art. 51, caput, IV, a nulidade da cláusula abusiva por contrariedade à boa-fé; e no art. 56, XII, a imposição de contrapropaganda na hipótese de publicidade ilícita⁵³.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques destaca que contratos de empréstimo pessoal podem levar ao endividamento excessivo do consumidor – ponto que será explanado em item subsequente –, o que exacerba o compromisso do fornecedor de cumprir com seu dever de informação⁵⁴:

Deixar de informar e esclarecer os riscos de um contrato de superendividamento do consumidor, é violação de deveres anexos de boa-fé frente aos consumidores, mesmo sem “culpa”, pois o CDC impõe claramente este dever de esclarecer (art. 52 c/c art. 30 c/c art. 6.º, I, II e III c/c art. 46 do CDC), de antecipar a cópia do contrato, de redigir de forma clara e de destacar as cláusulas de risco, assim como a taxa de juros anual efetiva (art. 30, 46 e 52 do CDC), daí o inadimplemento contratual.

Bruno Miragem ensina, ainda, que a instituição financeira precisa cumprir seus deveres de informação e esclarecimento principalmente na fase pré-contratual da concessão do crédito. O art. 31 do CDC refere a obrigatoriedade de haver clareza e objetividade nas informações da oferta do produto ou serviço, o que ressalta a vinculação do fornecedor à prestação das informações expressamente referidas no art. 52 em momento prévio à concessão do crédito⁵⁵.

Claudia Lima Marques, por sua vez, destaca o direito do consumidor de ter conhecimento do conteúdo do contrato, positivado no art. 46 do CDC, explicando que no momento de tomada de decisão é necessário que ele compreenda “a

⁵³ MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário, p. 185.

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 220.

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário, p. 185.

extensão das obrigações que assume e a abrangência das obrigações da prestadora de serviços”⁵⁶.

Contudo, o dever de informação não se exaure no cumprimento dos referidos dispositivos legais. Tratando-se de dever decorrente do princípio da boa-fé e considerando a vulnerabilidade – ou por vezes hipervulnerabilidade – do consumidor, o compromisso da instituição financeira em conscientizar a outra parte sobre tudo que se refere ao contrato – principalmente as suas consequências – é muito mais abrangente.

Marques ensina que a doutrina estrangeira distingue o dever de informação em dever de aconselhamento e dever de esclarecimento simples⁵⁷. No caso dos contratos de concessão de crédito, este último pode ser entendido como a necessidade de cumprimento pela instituição financeira do que estabelece o art. 52 do CDC, colacionado acima, e prestação de informação das demais especificidades práticas do contrato; é a obrigação do fornecedor de informar “sobre a forma de utilização e qualidade dos serviços”⁵⁸.

Já o dever de aconselhamento, nas lições da ilustre doutrinadora⁵⁹, “é um dever mais forte e só existe nas relações entre um profissional, especialista, e um não especialista”. Costuma ser mais associado à relação entre paciente e médico, definido como um dever de conselho especialmente quanto aos riscos da contratação, “visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz” do consumidor.

Esse conceito pode ser encaixado no âmbito dos empréstimos consignados, pois estamos diante de um contratante leigo e outro com expertise, bem como se trata de um contrato que traz riscos ao consumidor, os quais precisam ser

⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 225.

⁵⁷ Ibid., p. 226 e ss.

⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 240.

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 227.

amplamente esclarecidos para que ele possa decidir se essa é uma modalidade recomendável para si e qual a margem consignável possível para suas condições.

Clarissa Costa de Lima⁶⁰, observando como o direito europeu construiu a ideia de “empréstimo responsável”, refere que a conduta da instituição financeira deve ser orientada no sentido de “verificar previamente a capacidade de reembolso do consumidor”. Trata-se de exigir da concedente do crédito que não analise a situação financeira do outro contratante com a única intenção de minimizar seus riscos de prejuízo, mas também se preocupando em “diminuir o risco dos consumidores serem vítimas de compromissos desequilibrados que não possam ser honrados e que tenham como consequência a sua exclusão econômica” da sociedade de consumo.

Fazendo referência à limitação de descontos em folha de pagamento a 30% da renda adotada por muitos julgadores e indicando a necessidade de preservação do chamado “mínimo existencial”, questões que serão abordadas na sequência, a jurista assim resume como deve agir a instituição financeira em atenção à ideia de empréstimo responsável⁶¹:

A análise é realmente complexa, não podendo se reduzida a nenhuma fórmula matemática simplificadora, como aquela usada em algumas decisões judiciais que se limita a considerar que o endividamento não poderá ultrapassar um terço dos rendimentos do consumidor. De qualquer sorte, é inelutável que o consumidor só estará, razoavelmente, em condições de honrar as obrigações decorrentes de um novo contrato de crédito quando seu rendimento permitir o adimplemento dos créditos anteriormente assumidos, sem prejuízo das despesas correntes do lar como água, luz, alimentação, educação, saúde, aluguel, condomínio, entre outras indispensáveis ao bem-estar e dignidade do núcleo familiar.

Essa questão do empréstimo responsável ainda será explorada ao se analisar o dever de cooperação, mas o que se destaca aqui é a conduta pré-contratual que se exige da instituição financeira. É seu dever como parte mais forte e como detentora da expertise auxiliar o consumidor a refletir se pode arcar com a

⁶⁰ LIMA, Clarissa Costa de. Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento, p. 89 e ss.

⁶¹ Ibid., p. 91.

contratação sem prejuízo de seu próprio sustento, analisando sua condição financeira geral, e não apenas a margem consignável da qual dispõe.

É necessário que colabore com a formação do consentimento e estude as consequências do contrato, indicando-as ao consumidor. Não é uma conduta compatível com os princípios consumeristas, tampouco com a nova teoria contratual, que ao fornecer o crédito a instituição financeira atente apenas para os seus próprios riscos. Como detém informação técnica e muito mais experiência do que o consumidor, precisa auxiliá-lo a compreender de que forma o pagamento das parcelas do empréstimo afetarão seu orçamento familiar, a fim de firmar um contrato verdadeiramente equilibrado, favorecendo o seu cumprimento.

Outro ponto pertinente ao dever de informação é a questão da publicidade, que na sociedade de massa tem os papéis de informar e de estimular o consumo de bens e serviços, destacando-se o seu efeito vinculante para o fornecedor (obrigação pré-contratual) na condição de oferta.

A boa-fé deve ser a principal orientadora da publicidade. O seu tratamento em nosso ordenamento jurídico se dá especialmente em razão da proteção da confiança do consumidor. É por isso que a oferta publicitária é, em regra, vinculante, parte integrante (e exigível) do contrato, chegando inclusive a se sobrepor ao que foi expressamente disposto no momento da contratação. Sendo assim, por óbvio há a necessidade de serem verídicas todas as informações indicadas.

Ademais, a publicidade precisa ser leal e, ainda que incentive o consumo, deve informar o consumidor sobre as características do produto ou do serviço prestado, evitando que ele aja de forma impulsiva, inconsequente, não refletida.

Os anúncios de empréstimo pessoal por instituições financeiras são sempre colocados como se o contrato fosse fonte de “dinheiro fácil” e uma salvação para o consumidor endividado. Em relação aos consignados, é de conhecimento geral que muitos bancos e financeiras chegam a ligar diretamente para servidores públicos e

aposentados ou pensionistas do INSS para oferecer o contrato sem que a pessoa tenha manifestado qualquer interesse nesse sentido.

Por óbvio essa conduta se repete porque é uma espécie de contrato extremamente vantajosa para o fornecedor, especialmente quando contrata com tais consumidores, que contam com estabilidade de renda, reduzindo ainda mais um risco de inadimplemento que já é mínimo no caso de trabalhadores celetistas. Por ter taxas de juros reduzidas em relação às demais modalidades de empréstimo pessoal, o consignado é posto na publicidade como um contrato que só trará benefícios para o consumidor.

Mas, em se tratando de contrato de adesão, não há espaço para negociação, de modo que não se oportuniza ao consumidor a reflexão acerca da sua possibilidade financeira de arcar com os descontos do empréstimo e seguir vivendo de forma digna, mantendo o sustento de sua família e tendo atendidas suas necessidades básicas. Isso destaca ainda mais a necessidade de lhe oportunizar amplo esclarecimento das consequências e riscos do contrato, inclusive porque, conforme já esclarecido, trata-se de flexibilização da proteção do salário.

Em relação ao dever de informação nos contratos de crédito e da questão da publicidade, Clarissa Costa de Lima faz o seguinte apontamento⁶²:

Todavia, além de sua natural função persuasiva, a publicidade também deve desempenhar uma função informativa tão ou mais importante, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, ainda mais quando se trata de crédito que, manipulado com certa habilidade, esconde muitos perigos, apaga a noção do preço, enfraquece a defesa do consumidor contra a sedução dos bens e serviços ofertados, pois o freio da obrigação de pagamento à vista desaparece, multiplicando as necessidades do consumidor e atraindo para a sua satisfação imediata em detrimento do esforço. O controle da informação veiculada através da publicidade nos contratos de crédito ao consumo deve ser realizado de dois modos distintos, mas complementares: de um modo negativo, através da proibição de informações errôneas, e, de um modo positivo, através da exigência de informações.

⁶² Ibid., p. 44.

Nos contratos de empréstimo consignado, portanto, observa-se que as instituições financeiras têm uma preocupação muito menor em analisar a situação econômica do trabalhador, tendo em vista que o risco de inadimplemento é mínimo. Aqui, é pertinente trazer a seguinte reflexão: em uma concessão de empréstimo mediante pagamento mensal voluntário a instituição concedente consideraria razoável comprometer 70% da renda do consumidor? Seria considerada uma contratação segura, desejável para o mutuário?

Um empréstimo em tais moldes seria considerado de grande risco de inadimplemento. Com um comprometimento de renda tão excessivo, o contratante muito provavelmente se veria tendo que escolher gastos para sacrificar. Obviamente, optaria por arcar com os gastos de suas necessidades básicas, deixando de pagar a parcela do empréstimo em sua integralidade.

Ocorre que na modalidade de empréstimo consignado, não existe esta opção. O desconto se dá diretamente na folha de pagamento do trabalhador, tornando-se obrigatoriamente prioritário em relação a todos os outros gastos. Se a renda auferida torna-se insuficiente, a quitação do empréstimo se sobrepõe às necessidades básicas do indivíduo contratante.

Considerando tudo isso, fica evidente o dever da instituição financeira de fazer uma análise minuciosa das condições econômicas do contratante, não porque corre o risco de não receber, mas porque o indivíduo corre o risco de ver-se obrigado a sacrificar elementos essenciais à sua subsistência.

Não há problema em incentivar a contratação e expor os seus benefícios, mas isso precisa ser feito de forma honesta e leal, colaborando com o consumidor para que tome uma decisão ponderada, madura e esclarecida. Contratos de crédito não podem ser firmados por ímpeto. As instituições financeiras sempre destacam a facilidade de acesso ao crédito para atrair os consumidores, mas precisa indicar que se trata de obrigação que se prolonga no tempo, que o contratante precisará readequar seus gastos mensais, incluindo as parcelas em seu orçamento familiar.

3.2.2. Dever anexo de cooperação e a renegociação do contrato

O dever anexo de cooperação consiste na colaboração do fornecedor durante a execução do contrato, não dificultando o seu cumprimento pelo consumidor, “mantendo-se fiel à finalidade contratual e às expectativas legítimas da parte mais fraca”⁶³, e também agindo de forma ativa a fim de promover e facilitar o cumprimento do contrato pelo consumidor, além de, obviamente, cumprir com suas próprias obrigações.

O dever de cooperação, assim como o de informação, se evidencia no caso de contratos de crédito, tendo em vista o risco de endividamento que oferecem ao consumidor.

No Brasil, após a edição do Plano Real em 1994 e com a estabilidade econômica instaurada no primeiro quinquênio dos anos 2000, houve uma liberalização financeira e uma expansão do crédito⁶⁴. A democratização do acesso ao crédito teve como efeito a ascensão de classes mais pobres na sociedade de consumo, facilitando o seu acesso a bens e serviços, mas também levou a um grande aumento do endividamento dessas classes.

Esse endividamento, quando atinge um nível insustentável, de modo que o indivíduo de forma continuada não consegue mais pagar o conjunto de suas dívidas, é chamado de superendividamento, deixando de ser apenas um problema econômico e tornando-se um problema social, especialmente quando atinge as classes mais vulneráveis, com rendimentos próximos ao limiar da pobreza.

Acerca do que orienta o consumidor de modo a levá-lo à condição de superendividado, há uma distinção necessária entre “superendividamento ativo” e

⁶³ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 230.

⁶⁴ LIMA, Clarissa Costa de. Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento, p. 18.

“superendividamento passivo”. Acerca destas definições, Claudia Lima Marques cita Maria Manuel Leitão Marques⁶⁵:

O *sobreendividamento* pode ser *activo*, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento...; ou *passivo*, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização de emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento.

A doutrina faz ainda uma distinção do primeiro grupo em ativos “inconscientes” e “conscientes”. Enquanto os primeiros não refletiram adequadamente no momento de contrair a dívida e agiram de forma precipitada, sem pensar nas consequências da contratação a longo prazo, os segundos contrataram o empréstimo com a intenção deliberada e consciente de não pagar⁶⁶.

No caso dos contratos de empréstimo consignado, considerando o princípio da boa-fé e a função social dos contratos, deve ser analisada com muita cautela a situação do consumidor superendividado passivo e do consumidor superendividado ativo inconsciente, pois a manutenção do contrato nos exatos termos firmados inicialmente compromete não só a sua subsistência, mas a sua dignidade, como será exposto mais adiante.

Sendo assim, conforme ensina Claudia Lima Marques, em razão do dever de cooperação, deve-se “evitar o superendividamento do parceiro [contratual] mais vulnerável”⁶⁷, destacando que este dever é oriundo da boa-fé não só no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Civil.

⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 245. (grifos no original)

⁶⁶ LIMA, Clarissa Costa de. Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento, p. 21.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 247.

Para a doutrinadora, seguindo o exemplo europeu, quando há onerosidade excessiva para o consumidor, nosso ordenamento jurídico respalda a existência de um dever de renegociação⁶⁸:

Logo, parece-me possível também no Brasil requerer a antecipação dessa modificação e a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para a readaptação do contrato (princípio da boa-fé no art. 4º, III) e sua manutenção (art. 51, § 2º).

Destaca-se que no âmbito consumerista, a onerosidade excessiva não exige a vantagem exagerada do outro contratante, como ocorre no Direito Civil. É possível questionar, porém, se a condição que levou à onerosidade excessiva precisa ser superveniente ao contrato. Contudo, se o consumidor está em situação de superendividamento, o dever da instituição financeira de colaborar para que essa condição seja sanada decorre da cláusula geral da boa-fé e da função social dos contratos de crédito.

Claudia Lima Marques⁶⁹ ensina que a atual doutrina germânica considera uma decorrência do dever de cooperação o dever de renegociação quando há dificuldade de manutenção do vínculo por parte do contratante mais fraco. Trata-se de “evitar a ruína de uma das partes”, evitando, portanto, a frustração do contrato e priorizando a sua preservação – o que está no cerne da sua função social. A doutrinadora assim refere⁷⁰:

Cooperar aqui é submeter-se às modificações necessárias para a efetiva e justa manutenção do vínculo (princípio da manutenção do vínculo do art. 51, § 2º, do CDC) e à realização do objetivo comum dos parceiros e do contrato em especial. Trata-se de um novo dever contratual anexo, cumprido na medida do exigível e do razoável para a manutenção do equilíbrio contratual, para evitar a ruína de uma das partes (exceção da ruína aceita pelo art. 51, § 2º, do CDC) e para evitar a frustração do contrato: o reflexo deverá ser a adaptação bilateral e cooperativa das condições do contrato a favor do consumidor.

Sendo assim, essa ideia de renegociação para a preservação do contrato encontra guarida no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, § 2º, onde se

⁶⁸ Ibid., p. 254.

⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 233 e ss.

⁷⁰ Ibid., p. 1192.

estabelece que a regra é de manutenção da relação contratual, mesmo quando se reconhece a nulidade de uma cláusula abusiva. Contudo, reconhece como exceção o caso em que a remoção da cláusula implica ônus excessivo a qualquer das partes – é a chamada “exceção da ruína”.

Marques refere, ainda, baseando-se na doutrina alemã, que se pode extrair dos arts. 6º, V, e 53 do CDC “um direito geral de denúncia dos contratos (cativos) de longa duração que levarem a parte mais fraca à ruína”⁷¹, o qual decorreria basicamente do princípio da boa-fé objetiva⁷²:

Esses autores alemães partem da premissa de que haveria uma cláusula ou um dever de modificação de boa-fé (no caso brasileiro, com previsão expressa no art. 6º, V, do CDC) dos contratos de longa duração, sempre que exista quebra da base objetiva do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) e onerosidade excessiva daí resultante. Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever *ipso jure* de adaptação (*ipso jure-Anpassungspflicht*) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obliegenheit*) de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*) o contrato.

3.3. Fundamentos dos limites da consignação

Há muito debate na jurisprudência em relação aos limites adotados para a consignação em folha de pagamento. Abordaremos a seguir fundamentos para a limitação do exercício do direito da instituição financeira como elaboradora do contrato e como credora ao estabelecer a fazer valer o desconto da margem consignada.

⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p. 254.

⁷² Ibid., p. 250.

3.3.1. Consignação excessiva como abuso de direito

Ainda que haja permissão para determinados percentuais de desconto, conforme se analisará na sequência, a instituição financeira está, como já exposto, atrelada ao princípio da boa-fé objetiva. Sendo assim, ainda que não haja uma ilegalidade evidente em cláusula que respeita o regramento legal específico acerca da limitação, é possível discutir a sua abusividade se atenta contra o referido princípio.

O professor Bruno Miragem⁷³ ensina que mesmo no âmbito do Direito Civil se percebe uma concepção objetiva do conceito de abuso de direito, destacando o art. 187 do CC, que contém a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nesse sentido, o jurista explica o seguinte:

Esta formulação inédita do legislador do Código Civil brasileiro, permite, a nosso ver, a superação da disputa sobre a natureza jurídica do ato abusivo – uma vez que *o próprio Código agora o define como ato ilícito* – ao mesmo tempo em que, ao prescindir da culpa e do dano como elementos constitutivos da noção de ilicitude, consagra a compreensão de uma *visão socializada e objetiva do abuso de direito* (independente da comprovação da motivação subjetiva do titular do direito). Grifos no original.

Sendo assim, para interpretar as cláusulas abusivas nos contratos consumeristas, deve-se compreender esta nova visão do abuso de direito no Código Civil, realizando o diálogo desta fonte com o Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode deixar de perceber, contudo, que o tratamento do abuso de direito não se confunde nestes dois âmbitos jurídicos; há diferenças importantes que não podem ser ignoradas, embora em ambos os sistemas haja a finalidade de proteger o

⁷³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 337.

equilíbrio contratual e limitar as “prerrogativas outorgadas pelo ordenamento jurídico em face de um interesse considerado mais relevante”⁷⁴:

Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica a caracterização da conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor.

Portanto, no Direito do Consumidor o abuso de direito é um abuso da posição jurídica dominante que detém o fornecedor do bem ou serviço. A abusividade é mais abrangente no âmbito consumerista do que no civilista, pois no primeiro os contratantes não dispõem de sua liberdade contratual igualmente, haja vista a vulnerabilidade intrínseca do consumidor.

Acerca de concessão de crédito e abuso de direito no âmbito do direito consumerista, Rosângela Lunardelli Cavalazzi e Heloísa Carpena assim referem⁷⁵:

É evidente que quem concede crédito a quem não tem condições de cumprir o contrato está praticando abuso de direito. Embora aparentemente o contrato se insira na esfera do lícito, na medida em que satisfaça requisitos formais, na verdade o fornecedor pratica ato abusivo, desviando-se das finalidades sociais que constituem o fundamento de validade da liberdade de contratar, ou, mais especificamente, de fornecer o crédito.

Em relação especificamente ao contrato de empréstimo consignado, conforme já explicado anteriormente, ainda que haja críticas e ressalvas na doutrina, a jurisprudência brasileira é uníssona ao considerar lícita e compatível com nosso ordenamento jurídico o pagamento mediante desconto em folha. Isso significa que a instituição financeira está, em princípio, no exercício legítimo de seus direitos ao incluir no contrato de crédito a cláusula de pagamento por consignação. Contudo, há limites para o exercício deste direito.

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 338-339.

⁷⁵ CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; CARPENA, Heloísa. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectivas de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 337.

Claudia Lima Marques resume o conceito de abuso de direito nos seguintes termos⁷⁶:

O abuso de direito seria a falta praticada pelo titular de um direito que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, apesar de presente o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato antijurídico) do titular do direito (nexo causal), a sua hipótese de incidência é diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim, ilícito.

Portanto, embora a cláusula seja, em princípio, lícita, a instituição financeira precisa agir de acordo com a boa-fé ao explicar ao consumidor tudo que envolve o contrato e ao estabelecer qual será o valor da parcela, ou seja, quanto dos rendimentos do trabalhador ficará comprometido pelo pagamento do empréstimo, pois, como já explanado exaustivamente, trata-se de modalidade contratual excepcional, que envolve a flexibilização da proteção do salário.

Nos pontos seguintes se analisarão algumas legislações específicas que impõem limites percentuais ao desconto por consignação para determinados grupos de trabalhadores, bem como a limitação em razão da observância da preservação do chamado mínimo existencial. Porém, aqui já se adianta uma questão comum a qualquer das justificativas: a preservação do vínculo contratual.

O professor Bruno Miragem refere que quando há possibilidade de resolução deve ser garantida a opção de se preservar o contrato, sanando o vício que motivaria o seu desfazimento, explicando que nos contratos de adesão previstos no CDC, como é o caso dos contratos bancários de consumo, “a cláusula resolutória, quando prevista, deve ser alternativa, cabendo a escolha do exercício do direito de resolução ou manutenção do vínculo mediante reequilíbrio do contrato ao consumidor”⁷⁷.

Se reconhecida a abusividade da cláusula de consignação por ser o valor do desconto considerado excessivo, é dever do juiz preservar o contrato, aplicando o

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 937.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário, p. 292.

art. 6º, V, CDC, e determinando que se recalcule o valor das parcelas, o tempo restante de contrato e o total da dívida, agora dentro de limites proporcionais e razoáveis, adequando o contrato às normas e princípios consumeristas. Nesse sentido, o referido jurista assim ensina⁷⁸:

[N]os contratos de consumo a regra é de invalidade parcial, estabelecendo-se dever do juiz para promoção de esforços de integração (artigo 51, § 2º) visando preservar a parte válida do contrato (nulidade parcial, atingindo apenas a cláusula considerada abusiva).

Claudia Lima Marques⁷⁹, por sua vez, observa que a jurisprudência tem evitado decretar a nulidade da cláusula de consignação em folha de pagamento. A opção tem sido de considerar a cláusula desproporcional ou não razoável, aplicando-se o princípio da dignidade humana para alterar a margem consignada, de modo que a doutrinadora indica uma tendência dos tribunais estaduais a limitar os descontos em folha a 30% do salário do consumidor, a fim de preservar o mínimo existencial e evitar o superendividamento, como veremos a seguir.

3.3.2. Limites legais

Antes de se abordar especificamente as normas mais relevantes acerca de descontos em folha de pagamento do Rio Grande do Sul, é imprescindível destacar a necessidade de se aplicar o “diálogo das fontes” na sua interpretação.

Trata-se de teoria idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Claudia Lima Marques. É utilizada para indicar a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção previsto no art. 5º, XXXII, da CF/1988⁸⁰.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, p. 340-341.

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais, p. 1197-1198.

⁸⁰ Ibid., p. 727.

Assegura uma aplicação do conjunto de fontes a favor do consumidor. O domínio do método do diálogo das fontes evita a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, pois a aplicação conjunta e coordenada das fontes conduz à inexistência de lacunas, sendo o direito do consumidor complementado por outras leis e princípios⁸¹.

Sendo assim, as normas que serão analisadas a seguir devem ser interpretadas em diálogo com o CDC e também entre si. Além disso, esta interpretação deve estar sempre guiada pelo princípio constitucional norteador de proteção do consumidor, além de outras garantias constitucionais, como a proteção do salário e a dignidade humana.

Conforme mencionado no item em que se tratou dos fundamentos do empréstimo consignado no Brasil, a Lei nº 10.820/2003 autorizou esta modalidade contratual para empregados celetistas e aposentados e pensionistas do INSS. Contudo, há diversos regramentos específicos em âmbito federal, estadual e municipal acerca da autorização de descontos facultativos em folha de pagamento.

A seguir serão analisados a medida provisória referente aos militares das Forças Armadas, o Estatuto dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul e a própria Lei 10.820, regramentos que aparecem com mais frequência em discussão no TJRS e no Superior Tribunal de Justiça. Todos estes diplomas normativos autorizam o desconto em folha para fins de pagamento de empréstimo pessoal. Parecem divergir, porém, ao estabelecer limites para esses descontos.

A Medida Provisória nº 2215-10, de 2001, que trata “sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas”, trata da limitação de descontos de forma genérica, destacando que a soma dos descontos obrigatórios e autorizados não pode ultrapassar 70% da remuneração ou dos proventos do militar, de modo que o militar não receba quantia inferior a 30% da sua remuneração ou proventos:

Art. 14. Descontos são os abatimentos que podem sofrer a remuneração ou os proventos do militar para cumprimento de

⁸¹ Ibid., p. 611.

obrigações assumidas ou impostas em virtude de disposição de lei ou de regulamento.

§ 1º Os descontos podem ser obrigatórios ou autorizados.

§ 2º Os descontos obrigatórios têm prioridade sobre os autorizados.

§ 3º Na aplicação dos descontos, o militar não pode receber quantia inferior a trinta por cento da sua remuneração ou proventos. (Grifei)

A Lei nº 10.820/2003, com redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015, trata apenas dos descontos autorizados pelo trabalhador, não contemplando descontos obrigatórios. Pertinente fazer um comparativo desta legislação com a Lei 8.112/1990, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, que também teve sua redação modificada pela Lei nº 13.172/2015. Este Estatuto e a Lei 10.820 apresentam texto bem semelhante no que tange à limitação de descontos facultativos, dispondo a última da seguinte forma:

Art. 2º. § 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei [para “pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos”] observará, para cada mutuário, os seguintes limites:

I - a soma dos descontos referidos no art. 1º não poderá exceder a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração disponível, conforme definido em regulamento, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

- a) a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou
- b) a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito; e

II - o total das consignações voluntárias, incluindo as referidas no art. 1º, não poderá exceder a quarenta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento.

Observa-se como principal distinção que na Lei 10.820 o limite de 35% é para cada mutuário, ficando o total das consignações limitado a 40% da remuneração disponível, enquanto a Lei 8.112 não traz esta especificação. Deve-se destacar, ainda, que enquanto a Lei 8.112 estipula o limite em relação à “remuneração mensal”, a Lei 10.820 dispõe expressamente que esse limite é considerado sobre a

remuneração após os descontos obrigatórios, haja vista a sua definição para “remuneração disponível”:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - remuneração disponível, os vencimentos, subsídios, soldos, salários ou remunerações, descontadas as consignações compulsórias. (Grifei).

Por fim, o Decreto nº 43.337 do Estado do Rio Grande do Sul, de 10 de setembro de 2004, que “regulamenta o artigo 81, parágrafo único, da Lei Complementar nº 10.098 (RS), de 3 de fevereiro de 1994, que dispõe sobre as consignações em folha de pagamento de servidores públicos”, inicialmente previa um limite de 30% para as consignações facultativas sobre a remuneração bruta do servidor⁸² (bem próximo, portanto, ao Estatuto dos Servidores Federais, especialmente antes da modificação legal de 2015).

Porém, com a alteração dada pelo Decreto nº 43.574, de 14 de janeiro de 2005, passou a dispor o seguinte: “Art. 15 - A soma mensal das consignações facultativas e obrigatórias de cada servidor não poderá exceder a setenta por cento (70%) do valor de sua remuneração mensal bruta”.

Portanto, da análise destes regramentos normativos é possível ver que não há uma unicidade no tratamento dos descontos salariais. Por vezes se estabelece limitação considerando a soma de consignações obrigatórias e facultativas, por outras apenas se limitam os descontos voluntários. Há dissonância inclusive acerca da base sobre a qual incide o desconto limitado: se sobre a remuneração bruta ou sobre a renda líquida auferida pelo trabalhador (descontadas, portanto, as consignações obrigatórias).

Destaca-se, ainda, a aparente disparidade de tratamento entre servidores estaduais e federais, que fica mais evidente se se observar que as condições salariais de servidores da União costumam ser, em linhas gerais, bem melhores do que a de servidores do Estado do Rio Grande do Sul, provocando reflexão sobre

⁸² Art. 15 - A soma mensal das consignações facultativas de cada servidor não poderá exceder ao equivalente a trinta por cento (30%) do valor de sua remuneração mensal bruta. (Decreto RS nº 43.337, de 10 de setembro de 2004).

uma margem de consignação tão ampla para estes últimos. Isso, é claro, se o estatuto for analisado isoladamente.

Essa falta de unicidade causa uma grande confusão na jurisprudência. Existe muita discussão se é possível aplicar de forma dialógica e analógica, em atenção ao princípio da isonomia, a limitação da Lei nº 10.820/2003 a todos os trabalhadores que contratam o empréstimo consignado. Alguns julgadores entendem que quando há regramento específico – como no caso dos servidores estaduais e dos militares, não existe fundamento para a aplicação da norma referida:

AGRAVO REGIMENTAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE DESCONTOS FACULTATIVOS EM FOLHA DE PAGAMENTO OU LIMITAÇÃO EM 30% DOS VENCIMENTOS. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO. Como a Lei Complementar 10.098/94 e os Decretos 43.337/2004 e 43.575/2005 possibilitam os descontos totais em folha de pagamento em até 70% da remuneração bruta do servidor, inviável a limitação do total dos descontos facultativos em 30%, conforme postula a parte agravante. Antecipação dos efeitos da tutela indeferida, pois ausentes os requisitos elencados n art. 273 do CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (11ª CC)

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, incluiu julgado acerca do tema em informativo de jurisprudência, dispondo que não há antinomia entre as duas fontes normativas referidas, pois, conforme já explicado, os 70% do decreto estadual são referentes à soma de descontos facultativos e obrigatórios, enquanto os 30% da lei 10.820 são referentes apenas a descontos facultativos, nos quais se enquadram os empréstimos consignados:

DESCONTO EM FOLHA. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. POSSIBILIDADE. NORMATIZAÇÃO FEDERAL QUE NÃO COLIDE COM A NORMA ESTADUAL.

1. Não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal apenas adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.
2. Conforme interpretação conferida pela Corte de origem ao Decreto estadual 43.574/2005, a soma mensal das consignações facultativas e obrigatórias de servidor público do Estado do Rio Grande do Sul não poderá exceder a setenta por cento (70%) do valor de sua remuneração mensal bruta.

3. Não há antinomia entre a norma estadual e a regra federal, pois os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003; 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, impõem limitação ao percentual de 30% apenas à soma das consignações facultativas.

4. Por um lado, a norma federal possibilita ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro. Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação aos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1169334/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 29/09/2011)

Assim, a Lei 10.820 e o Decreto nº 43.337 (RS) devem ser aplicados de forma conjunta, seguindo a ideia de diálogo das fontes. Contudo, apesar de ser entendimento consolidado no STJ, ainda se verifica uma predominância no TJRS de aplicação somente dos 70% previstos no estatuto.

Interessante mencionar aqui como procedeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para evitar a insegurança que se verifica no Rio Grande do Sul, onde o consumidor precisa contar com a sorte para que seu processo seja distribuído para uma Câmara que aplica o posicionamento do STJ.

Tendo por referência julgamento unânime em processo administrativo, o TJRJ editou a Súmula nº 200, com a seguinte redação: “A retenção de valores em conta-corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista”⁸³.

Sendo assim, constata-se que não há antinomia nem interpretação *contra legem* ao se aplicar de forma analógica e dialógica a limitação adotada pela Lei nº 10.820 (e pelo Estatuto dos Servidores Públicos Federais) se os regramentos específicos fazem referência à soma de descontos facultativos e obrigatórios. A lei referente aos descontos em folha de pagamento para trabalhadores celetistas e

⁸³ Súmula nº 200, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº 0013659-91. 2011.8.19.0000 – Julgamento em 22/11/2010 – Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

aposentados e pensionistas do INSS estabelece limites apenas em relação à própria consignação.

Nesse passo, não só não há impedimento à sua aplicação para todos os consumidores como os limites que estabelece devem ser observados pelas instituições financeiras e pelos julgadores, em atenção às normas e princípios de Direito do Consumidor, que determinam a aplicação da norma mais favorável à parte vulnerável da contratação. Além disso, não parece compatível com o princípio constitucional da isonomia que consumidores em situação jurídica idêntica recebam tratamento diferenciado, especialmente se a norma genérica mais favorável de forma alguma contraria as normas específicas.

Este entendimento é firme no Superior Tribunal de Justiça em relação aos servidores estaduais. Entretanto, ainda há divergência jurisprudencial em relação aos militares das Forças Armadas, embora os regramentos específicos dos dois grupos sejam idênticos: ambos limitam em 70% da renda bruta a soma dos descontos obrigatórios e facultativos, não havendo, portanto, impedimento para aplicar o limite de 30% para empréstimo consignado.

A Segunda Turma do STJ entende que aos militares das Forças Armadas deve ser aplicada a regulamentação própria da MP 2.215-10/2001, adotando unicamente a limitação total de 70%:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM 30% DOS PROVENTOS DE PENSIONISTA DE MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. MP 2.215-10/2001 E LEI 1.046/50. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No caso concreto, o Tribunal de origem reformou sentença que julgara procedente o pedido da pensionista de militar das Forças Armadas, para limitar os descontos, referentes às parcelas de empréstimos bancários, a 30% de seus rendimentos líquidos.

II. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "o desconto em folha do militar possui regulamentação própria, Medida Provisória 2.215-10/2001. Nesse sentido, é possível ao servidor militar comprometer contratualmente até 70% de sua remuneração mensal desde que nesse percentual estejam incluídos necessariamente os descontos obrigatórios, observando que este não pode receber mensalmente valor inferior a 30% da

remuneração" (STJ, AgRg no AREsp 713.892/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2015). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.532.001/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015; REsp 1.521.393/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/05/2015.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1530406/RJ, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016)

Já a Sexta Turma tem para os militares das Forças Armadas o mesmo entendimento consolidado em relação aos servidores públicos estaduais, aplicando o princípio da razoabilidade e limitando os descontos a título de empréstimo consignado de acordo com o que determina a Lei 10.820:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL.

MILITAR. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. RAZOABILIDADE.

VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA.

I - Mesmo em se tratando de servidor militar, a natureza alimentar do salário e o princípio da razoabilidade impõem a observância do limite de 30% dos vencimentos do trabalhador no tocante à realização de descontos.

II - A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que não havendo declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos alegados, mas apenas interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie não há violação ao art. 97 da Constituição Federal e à súmula vinculante n. 10.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 929.439/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 08/10/2015)

Além disso, quando há discussão no Judiciário em relação a uma consignação, muitas vezes acaba-se levando em consideração apenas aquele desconto para fins de limitação, quando todos os diplomas normativos aqui analisados trazem previsões para uma totalidade de descontos (obrigatórios, facultativos ou ambos).

Portanto, é preciso fazer uma distinção essencial entre “descontos obrigatórios” e “descontos facultativos”, o que os julgados usualmente ignoram, de modo que acabam avaliando isoladamente o desconto a título de empréstimo consignado,

deixando de considerar todos os outros descontos obrigatórios que incidem sobre a renda bruta do trabalhador. Muitas vezes ignoram até mesmo os facultativos, levando em consideração para o cálculo apenas o empréstimo objeto da lide, quando o consumidor tem diversos outros mútuos contratados.

Neste caso, interessante observar a distinção feita pela Lei 10.820. A limitação de 30% (mais os 5% reservados para dívidas de cartão de crédito) é por mutuário, de modo que, quando há contrato com mais de uma instituição financeira, deve ser respeitado o limite total de 40% dos rendimentos disponíveis.

Sendo assim, o próprio consumidor, ao postular em Juízo a limitação, precisa ter o cuidado de, caso tenha contratado mais de um empréstimo consignado, incluir no polo passivo da demanda as instituições financeiras credoras que realizam os descontos, de modo que o contrato mais antigo será priorizado.

Quando se ultrapassa o limite de 40%, os contratos posteriores terão de ser renegociados mediante outra forma de pagamento, pois o desconto diretamente em folha não será admitido, já que os mais antigos já consumiram todo o limite disponível (respeitando-se os 35% por mutuário e o total de 40%).

A solução para as divergências jurisprudenciais e confusões interpretativas parece, portanto, ser a aplicação do diálogo das fontes. Contudo, há casos em que, mesmo seguindo a norma mais benéfica de limitação, o consumidor segue superendividado. É necessário, então, observar sua condição à luz do princípio da dignidade humana, garantindo-lhe o chamado “mínimo existencial”.

3.3.3. Garantia do mínimo existencial

De acordo com Teresa Negreiros⁸⁴, embora não haja uma cláusula geral garantindo expressamente o mínimo existencial como direito fundamental, a cláusula

⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato - Novos Paradigmas, p. 402.

geral de tutela da dignidade da pessoa humana abrange a proteção de um nível mínimo de subsistência. Nesse sentido, a nobre doutrinadora cita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, como paradigma. A Declaração assim dispõe em seu art. 25:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.

É possível observar semelhança neste dispositivo em relação ao art. 6º da Constituição Federal brasileira⁸⁵, que elenca como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Além disso, o preâmbulo da nossa Carta Magna⁸⁶ estabelece que o Estado Democrático Brasileiro assegurará o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade.

Ainda sobre os fundamentos constitucionais da garantia do mínimo existencial, merece destaque o inciso III do art. 3º da Constituição⁸⁷, que coloca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

O cerne da controvérsia em relação ao mínimo existencial é o que se insere neste conceito. Conforme exposto acima, uma interpretação interessante é a que abrange as necessidades básicas de um indivíduo inserido na comunidade, aquilo que lhe permite exercer a sua individualidade como ser social.

⁸⁵ Art. 6º da CF

⁸⁶ Preâmbulo da CF

⁸⁷ Art. 3º, III, da CF

O mínimo existencial ultrapassa o mínimo necessário para a subsistência, vai além da sobrevivência. Assim ensina o ilustre professor Ingo Sarlet⁸⁸:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".

Teresa Negreiros, por sua vez, usa a imposição do salário mínimo pela Constituição para definir o que estaria inserido no conceito de mínimo existencial⁸⁹:

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

Sendo assim, é possível conceituar o mínimo existencial como aquilo que garante ao indivíduo a fruição de seus direitos fundamentais e sociais garantidos constitucionalmente. É o mínimo necessário para que possa não apenas sobreviver, mas viver de forma digna, de maneira integrada na sociedade.

Por óbvio que o superendividamento afeta diretamente o mínimo existencial, especialmente no caso do consumidor que contrata um empréstimo consignado em limite superior ao que poderia suportar. Isso porque, como já exposto, trata-se de modalidade contratual na qual não há sequer a opção de ficar inadimplente. Se o indivíduo se vê em situação de necessidade, percebendo que não conseguirá arcar

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. Revista de Direito do Consumidor, vol. 61/2007, p. 120.

⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato - Novos Paradigmas, p. 404.

com todos os seus compromissos financeiros, não pode priorizar as necessidades acima referidas (moradia, alimentação, educação, saúde etc.).

Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Clarissa Costa de Lima defendem que a limitação legal deve ser combinada com a limitação baseada na preservação do mínimo existencial⁹⁰:

O limite da plasticidade da regra que admite o desconto em folha está adstrito a dois critérios concorrentes e intransponíveis. Um quantitativo, consistente no teto de descontos facultativos a 30% do salário do trabalhador-aposentado. Outro qualitativo, compreendido como a garantia do mínimo existencial, restrito a viver. São limites concorrentes na perspectiva de não permitir ao intérprete da lei desconsiderar suas incidências concomitantes. Ou seja, o juiz poderá fixar no caso concreto o que entende como "mínimo existencial" para estabelecer o percentual aplicável ao caso em conflito. Entretanto, sempre no limite máximo de 30% de desconto, pois se pressupõe que somente com 70% dos vencimentos-proventos/pensões-remuneração poderá vir a estar garantida a liberdade mínima do trabalhador. Caso contrário não haverá qualquer margem efetiva para esta disponibilidade.

Sustentam, portanto, que o limite máximo previsto em lei – sempre 30%, mesmo nos casos em que há regramento específico, pois adotam o entendimento de que deve ser aplicada a Lei nº 10.820/2003, visto que mais benéfica ao consumidor – é apenas um teto, podendo o julgador limitar os descontos em porcentagem inferior se ao analisar o caso concreto verificar que 70% da renda do consumidor não são suficientes para lhe garantir uma existência digna.

Tal entendimento mostra-se bastante adequado aos princípios aqui estudados. A boa-fé objetiva protege as expectativas legítimas de ambos os contratantes. Embora a instituição financeira tenha a expectativa de receber nos termos em que o negócio jurídico foi pactuado, bem como espera que não haja alteração do contrato se respeitado o limite legal máximo do desconto, a proteção do consumidor em situação de superendividamento se sobrepõe em razão do mesmo princípio, associado às demais garantias constitucionais. As juristas assim explicam⁹¹:

⁹⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. Revista de Direito do Consumidor, vol. 76/2010, p. 87.

⁹¹ Ibid., p. 93.

Assim, conquanto a boa-fé objetiva protege a legítima expectativa dos contratantes, in casu, do recebimento do crédito pelo fornecedor na forma pactuada (desconto em folha de pagamento), tal princípio, juntamente com os fundamentos constitucionais mencionados, também protege o consumidor quando a manutenção do contrato inviabilizar o mínimo necessário para sua sobrevivência e de sua família.

Daí porque é possível a readaptação do contrato, com o alongamento das parcelas, em razão da impossibilidade material do consumidor, visando a possibilitar o adimplemento contratual sem que isso signifique a privação deste e de seus familiares da garantia do mínimo existencial.

A garantia do mínimo existencial não pode ser olvidada, encontrando amparo para sua concretização também nos princípios da boa-fé objetiva, bem como na função social do contrato.

Portanto, um contrato que leva ao comprometimento do mínimo existencial do consumidor deixa de cumprir a sua função social, especialmente porque impede a integração deste indivíduo na sociedade de consumo, o que consiste na principal razão pela qual esta modalidade contratual foi admitida em nosso ordenamento jurídico. A modificação deste contrato, readequando suas cláusulas dentro das possibilidades econômicas do consumidor não só é possível como é a solução mais adequada.

Clarissa Costa de Lima, por sua vez, também sustenta que para que se preserve o mínimo existencial é necessário “adequar o limite de comprometimento ou de endividamento em função da renda do consumidor”⁹². Trata-se de um entendimento que encontra mais conformidade com um ordenamento jurídico que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e busca garantir a sua ampla proteção, especialmente quando em situação de superendividamento.

Os estudos na doutrina têm se aprofundado nesta proposta de interpretação, com respaldo no direito comparado, onde se verifica, por exemplo, a limitação de desconto de forma estratificada, de acordo com a renda dos consumidores.

⁹² LIMA, Clarissa Costa de. Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento, p. 95.

4 Conclusão

A mudança de paradigma no direito contratual brasileiro influenciou diretamente as relações consumeristas. A proteção conferida ao consumidor pela Constituição Federal consolidou-se com a edição do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a sua vulnerabilidade e estabelecendo prerrogativas para equilibrar a relação contratual.

A massificação dos contratos de consumo levou a uma limitação da liberdade do consumidor, que apenas adere a cláusulas previamente estipuladas. Essa posição de vulnerabilidade confere ao fornecedor a necessidade de cumprir com certos deveres decorrentes da boa-fé, princípio orientador dos contratos também no âmbito civilista, conforme determinado pelo Código Civil. É necessário agir com lealdade, informando amplamente acerca das condições e consequências do contrato, a fim de garantir a formação de um consentimento esclarecido, garantir o real exercício da autonomia da vontade.

No caso de contratos de crédito firmados com consumidores, as instituições financeiras têm seus deveres como fornecedoras agravados, ainda mais em se tratando de contrato de empréstimo consignado. Ainda que as taxas de juros sejam muito menores do que as das demais modalidades de empréstimo pessoal, há uma flexibilização excepcional da proteção ao salário, o qual consiste em direito social que conta com intangibilidade garantida pela Constituição.

Trata-se de uma modalidade de empréstimo pessoal instituída para permitir o acesso de classes usualmente excluídas da sociedade de consumo em razão do seu baixo poder aquisitivo. A popularização do empréstimo consignado no Brasil foi uma das iniciativas do Governo Federal para trazer inclusão e ascensão social. Fez-se uso de ampliação e facilitação de acesso ao crédito ao invés de buscar um aumento real da renda dessas pessoas.

Isso levou a um crescimento exponencial do endividamento das famílias brasileiras, especialmente as de renda mais baixa, já que foram as principais afetadas pela nova política instituída, o que torna a questão ainda mais grave. Observa-se, atualmente, o problema social do superendividamento disseminado no país, fazendo-se extremamente necessária uma reflexão sobre métodos para solucionar essa questão e reinserir o indivíduo superendividado no mercado de consumo, agora de maneira consciente e esclarecida.

O empréstimo consignado está intimamente ligado ao fenômeno do superendividamento. Apesar de ter surgido com uma intenção de tornar o crédito mais acessível, é amplamente utilizado para renegociação de outros empréstimos, já que as taxas de mercado são mais vantajosas.

Como os descontos se dão diretamente na folha de pagamento do consumidor, deve haver uma preocupação muito maior do que em relação às demais modalidades de empréstimo pessoal, porque no consignado não há sequer a opção de ficar inadimplente. Havendo superendividamento, necessidades básicas do trabalhador e de sua família serão comprometidas para que o empréstimo siga sendo adimplido.

Uma interpretação mais radical que levasse em consideração apenas a proteção do consumidor e o princípio geral de proteção do salário sequer admitiria esta modalidade contratual. Porém, se bem utilizada pode ser bastante vantajosa para as partes envolvidas. Além disso, a autonomia da vontade não pode ser ignorada; o que ocorre é a sua limitação pela hipossuficiência do consumidor diante da instituição financeira, bem como o seu exercício se dá em razão da função social dos contratos.

Quanto se está tratando de um direito social tão importante como o salário, que conta com ampla proteção constitucional, não se pode resumir as respostas à “letra fria da lei”. Há que se levar em consideração a proteção constitucional conferida também ao consumidor. O respeito à autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda* devem estar alinhados com todo o ordenamento jurídico. Para que

isso ocorra, devem ser observadas as normas de Direito do Consumidor em diálogo com a legislação ordinária que trata do tema e sob a orientação das normas e garantias constitucionais.

Fornecer crédito de forma irresponsável fere os princípios norteadores da nova teoria contratual e do Direito do Consumidor. Ao contratar com a instituição financeira, especialmente em razão da forma como esses contratos de empréstimo pessoal são vendidos na publicidade, o consumidor não espera que aquele desconto vá comprometer sua renda de modo a impedir que arque com suas necessidades básicas.

Um contrato de crédito que leva a um desconto salarial que prejudica a subsistência do consumidor, levando ao seu superendividamento, não cumpre sua função social, pois impede a circulação de riquezas e as trocas econômicas.

As instituições financeiras têm o dever de cooperar com o consumidor. Decorre da cláusula geral de boa-fé o compromisso da instituição financeira de explicar ao consumidor as consequências da contratação, quanto de sua renda ficará comprometida pelo contrato e que ele não terá a opção de ficar inadimplente para priorizar outros gastos essenciais porque o desconto se dá diretamente em sua folha de pagamento.

Além disso, não deve se ater simplesmente à margem consignável estabelecida em lei; é imprescindível que dialogue com o consumidor sobre quanto de sua renda ele pode comprometer sem que sua existência digna seja comprometida. Trata-se de garantir-lhe o chamado mínimo existencial e fazer valer o princípio constitucional da dignidade humana.

Acerca das normas específicas que regem descontos em folha de pagamento, é necessário interpretá-las de forma dialógica. Observa-se que não há óbice à aplicação do limite para consignações em folha para pagamento de empréstimo pessoal estabelecido pela Lei nº 10.820/2003 para todos os trabalhadores brasileiros, inclusive servidores do Rio Grande do Sul e militares das Forças Armadas, pois os regramentos específicos destes dois grupos limitam a soma de

descontos facultativos e obrigatórios, de modo que ambos os limites devem ser respeitados, aplicando-se as normas de forma concomitante, concretizando o diálogo das fontes.

Porém, não basta respeitar os limites legais; conforme mencionado, é necessário garantir ao consumidor o mínimo existencial, ou seja, a renda necessária para que possa viver dignamente em sociedade, de forma integrada e tendo acesso aos direitos básicos previstos na Constituição Federal e reconhecidos inclusive no âmbito do direito internacional. A definição do que se insere neste conceito pode gerar discordâncias, mas parece que o entendimento adotado por Teresa Negreiros é bastante adequado: o mínimo existencial resume-se ao que está previsto na definição constitucional de salário mínimo (art. 7º, inciso IV, “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”).

Nesse passo, ao se ter de julgar estas situações, por certo que uma análise específica de cada caso seria o mais apropriado, verificando qual limite seria aplicável para que o mutuário pudesse se manter vivendo de forma digna, já que o mínimo existencial para cada um seria proporcionalmente diferente. Porém isso não impede a aplicação dos limites legais previstos para a consignação, que serviriam como um teto para garantir um mínimo de liberdade salarial ao trabalhador.

O que deve preponderar é o interesse social, o que significa que se deve, sim, garantir o cumprimento dos contratos, mas na medida em que impeçam a integração econômica e social de um indivíduo e comprometam a sua dignidade como ser humano, é dever de todos os envolvidos promover a sua readequação.

5 Bibliografia

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e dever de renegociação**. 2006. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, UFRGS.

BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de Direito Privado. São Paulo: Marcial Pons, 2004, p. 249-289.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22.nov.2016.

_____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 22.nov.2016.

_____. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 19.ago.2016.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22.nov.2016.

_____. Lei 10.820 de 17 de dezembro de 2003. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820.htm>. Acesso em: 19.ago.2016.

_____. Lei 13.172 de 21 de outubro de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm>. Acesso em 19.ago.2016.

_____. Medida Provisória 2.215-10 de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm>. Acesso em 19.ago.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 45.666-5/SP. Relator: Min. Barros Monteiro. Data de Julgamento: 17.mai.1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 929.439/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1530406/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016.

CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; CARPENA, Heloísa. **Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectivas de regulação.** In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 330 – 395.

CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; LIMA, Clarissa Costa de. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 76/2010, p. 74 – 111.

LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** 2006. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, UFRGS.

MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?** Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos Bancos (2.591): Observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 61/2007, p. 40 – 75.

MARTINS-COSTA, Judith. **Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. In *Estudos de direito do consumidor*, p. 49-109. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito do Consumo. 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **O direito do consumidor como direito fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 43/2002, p.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato - Novos Paradigmas**. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Processo Administrativo nº 0013659-91. 2011.8.19.0000, julgado em 22.nov.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto 43.447 de 10 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47951&hTexto=&Hid_IDNorma=47951>. Acesso em 19.ago.2016.

_____. Decreto 43.574 de 14 de janeiro de 2005. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=48336&hTexto=&Hid_IDNorma=48336>. Acesso em 19.ago.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 61/2007, p. 90 – 125.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. In SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*, p. 147-170. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2006.