

JUSTIÇA E SUPERENDIVIDAMENTO:
UM ESTUDO DE CASO SOBRE DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL,
DE MARÍLIA DE ÁVILA E SILVA SAMPAIO

CLAUDIA LIMA MARQUES

Doutora pela Universidade de Heidelberg. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen. Pós-Doutora pela Universidade de Heidelberg. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq UFRGS "Mercosul e Direito do Consumidor". Pesquisadora 1 A do CNPq. Professora-titular de Direito Internacional Privado da UFRGS. Diretora do Brasilcon. Editora-chefe da *Revista de Direito do Consumidor*. Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores da International Law Association, Londres. Ex-Presidente do Brasilcon.
dirinter@ufrgs.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Justiça e superendividamento: um estudo de caso sobre decisões judiciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

É com grande honra que apresentei este belo livro de Marília de Ávila e Silva Sampaio, fruto da tese de doutorado defendida com êxito no Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCEUB, sob a sólida orientação do Prof. Dr. Hector Valverde Santana e agora faço a respectiva resenha.

Brilhante magistrada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Marília de Ávila e Silva Sampaio escolheu o superendividamento do consumidor como tema da investigação e de forma original testa um padrão exemplar de decisões judiciais, procurando identificar “um significado compartilhado do termo superendividamento”. Trata-se de trabalho sério, inovativo e de um grande esforço de pesquisa, com análise de múltiplas decisões e sua retórica argumentativa, preocupada em fugir do estereótipo do “consumidor-atento” ou do “consumidor-incapaz” em matéria de crédito ao consumidor e assim delinear *o que significa um devedor superendividado e em que momento o inadimplemento obrigacional se transforma em superendividamento*.

Neste livro, pergunta-se Marília de Ávila e Silva Sampaio, com responsabilidade e engajamento, se é “possível ou não a revisão de contratos a partir da alegação de superendividamento do devedor” e “quais os limites de intervenção judicial em tais casos e quais fundamentos decisórios são utilizados pelos

tribunais nessas hipóteses”. Divide suas investigações em cinco questões: “(a) se o superendividamento é um tema enfrentado por tribunais brasileiros e, em caso afirmativo, como e por que decidem; (b) se há um sentido semântico compartilhado acerca de como se caracteriza o fenômeno do superendividamento; (c) se há um padrão de decisão judicial exemplar nesse caso; (d) se há uma vinculação substantiva das decisões de superendividamento com a dignidade da pessoa humana e a preservação do mínimo existencial ou se tal vinculação seria apenas um instrumento retórico para conferir aparente fundamentação às decisões e (e) se os julgadores fundamentam o uso da expressão de valor ‘superendividamento’, a partir da descrição de seu significado ou se há um déficit de fundamentação das decisões sobre o caso”.

Marília de Ávila e Silva Sampaio apresenta seu livro em três partes. A primeira parte é dedicada a estudar e contextualizar o “superendividamento a partir de uma abordagem jus-sociológica”, abordando a chamada “democratização do crédito” como estímulo ao superendividamento e o conseqüente fenômeno da “exclusão social do devedor superendividado”,¹ sempre à procura da “origem do problema do superendividamento no Brasil”. Analisa ainda o conceito de superendividamento, o debate sobre superendividamento no Brasil e a proposta de regulamentação legislativa nos PLS 283, 2012 de atualização do CDC; e, por fim, aponta os números e os indicadores socioeconômicos do crédito aos consumidores e o superendividamento no Brasil.

Note-se que a pesquisadora acredita que o equilíbrio pode ser alcançado com as forças do mercado, afirmando, em análise econômica do direito, que “O futuro do debate sobre o superendividamento depende da capacidade de fazer a ‘ética da responsabilidade triunfar sobre os comportamentos irresponsáveis’, sejam eles de que natureza for. A solução deve passar pela combinação desses dois marcos, não merecendo soluções meramente ‘paternalistas’ sobre o sujeito superendividado, mas num meio que traga a responsabilidade pessoal a um ambiente em que existam arranjos coletivos que garantam condições mínimas de existência.” Se não posso compartilhar esta crença nas forças de mercado²

1. Como ensina a doutrina, o superendividamento nos últimos anos tornou-se um “espelho da exclusão social”. MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 236.
2. Veja os dados de cinco anos de pesquisas no TJRS. MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100 (2015), no prelo.

e muito menos em um ‘paternalismo brasileiro’³ em matéria de superendividamento – pois em pleno século XXI, séculos depois da falência do consumidor ser introduzida nos EUA, ainda não temos lei sobre o tema – ⁴ não é menos verdade que o paradigma de uma concessão responsável de crédito por parte dos fornecedores é desejável,⁵ também no Brasil, face à nossa base constitucional.⁶ Quanto a este tema, a autora identifica os problemas do crédito consignado,⁷ do crescente assédio de consumo⁸ aos consumidores mais vulneráveis⁹ de nossa sociedade¹⁰ e da impossibilidade de o consumidor dispor sobre quem pagar após práticas comerciais abusivas,¹¹ com os inúmeros descontos em folha de

3. Veja os dados sobre analfabetismo dos consumidores. MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95 (2014), p. 99-146.
4. Assim, LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento aplicado. Aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 161 e ss.
5. Veja CAVALLAZZI, Rosângela L.; SILVA, Sayonara G. L.; COSTA DE LIMA, Clarissa. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, out. / 2010, p. 74 e ss.
6. Veja sobre os imperativos constitucionais, NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 232 e s.
7. Veja também DOLL, Johannes. Elderly Consumer Weakness in “Withholding Credit”. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and international perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 293.
8. GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 71, p. 34 e ss.
9. Iain Ramsay, em artigo de 2001, também alertava para a existência de consumidores com maior vulnerabilidade no mercado de crédito (*vulnerable consumers in the credit market*), a saber, as mulheres sozinhas e arrimo de família, os idosos sem apoio familiar e os jovens até 25 anos de baixa renda. RAMSAY, Iain. The alternative consumer credit market and financial sector: regulatory issues and approaches. *The Canadian Business Law Journal*, vol. 35, n. 3, oct. 2001, p. 328.
10. Veja HOWELS, Geraint. Agressive commercial practices. In: HOWELS, Geraint; MICKLITZ, Hans-W; WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006 (p. 167-194), p. 168 e ss.
11. Veja a doutrina sobre práticas abusivas, os artigos de SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas comerciais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor* 7, p. 37 e ss. SENISE, Roberto Lisboa. Prática comercial abusiva. *Revista de Direito do Consumidor* 39, p.

pagamento e descontos diretos em conta-corrente, e acaba por concluir pela necessidade de uma mudança no modelo econômico: “é necessário que seja repensada a política de concessão indiscriminada de crédito... É necessário ainda que o modelo de crescimento seja alterado, passando a priorizar a poupança — tanto privada quanto do governo — e o investimento em vez do consumo. O atual modelo de crescimento baseado no estímulo ao consumo e na baixa poupança já apresenta como consequências a perda da competitividade da indústria e o baixo dinamismo do PIB”.

A segunda parte traz uma bela abordagem dogmática do superendividamento, analisando a evolução da visão de “inadimplemento obrigacional” para a de superendividamento, trazendo uma importante “releitura funcionalizante da ordem privada por critérios de distribuição justa de bens sociais e a perspectiva ética nas relações obrigacionais à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato”. Também analisa as novas formas contratuais de longa duração, contratos relacionais e contratos cativos de longa duração, contratos conexos, coligados e redes contratuais e a possibilidade de revisão dos contratos pela alegação de superendividamento, assim como a revisão dos contratos pela “concessão irresponsável do crédito”. A magistrada conclui que não existe base atualmente para a renegociação compulsória das dívidas, mesmo em caso de superendividamento e afirma: “Mesmo diante da existência de arcabouço hermenêutico protetivo do consumidor, com vistas a auxiliar o juiz a cumprir o mandamento constitucional de defesa do vulnerável, entendo que sem uma lei que determine os limites de intervenção no contrato e estabeleça mecanismos de atuação em defesa do devedor superendividado, não se vislumbra a possibilidade de parcelamento compulsório dos débitos ou outro mecanismo que não seja obtido pela via consensual.” Não é outra a conclusão da doutrina¹² e do Relatório do Banco Mundial que sugere aos países, como o Brasil, que legislem sobre o tema do superendividamento.¹³ Note-se também o avanço

199-204, jul./set. 2001. PFEIFFER, Roberto C. Proteção do consumidor e defesa da concorrência. Paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor* 78, p. 131 e ss. E o livro de SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.

12. Veja MARQUES, Claudia Lima und BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and international perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 60 e ss.
13. BENJAMIN, Antônio Herman e MARQUES, Claudia Lima. *Relatório-geral da comissão de juristas – Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Presidência do Senado Federal, 2012, p. 220 e ss.

da tese da exceção da ruína,¹⁴ baseada na boa-fé como um dever de cooperar para evitar aumentar a ruína do parceiro contratual¹⁵ nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Por enquanto, as decisões são ainda em matéria de seguro e beneficiam os fornecedores como exceção liberatória,¹⁶ mas a mesma tese é a base do dever de renegociar no superendividamento da pessoa física,¹⁷ fica, pois, a esperança que o tema evolua nos próximos anos.

A terceira e última parte do livro realiza a contextualização do caso do superendividamento sob uma perspectiva filosófica, analisando os juízos morais envolvidos no caso do superendividamento e a justiça como elemento constitutivo de sentido do direito. Afirma a autora: “a proposta é de fazer uma contextualização do fenômeno do superendividamento da perspectiva filosófica, além da análise de decisões de tribunais brasileiros na busca de parâmetros de justificação compartilhados acerca de juízos de valor relativos ao tema”. Esta parte, além da análise da teoria da argumentação, traz as análises das decisões sobre superendividamento na busca por um padrão exemplar de decisão judicial sobre o tema.

A preocupação da magistrada Marília de Ávila e Silva Sampaio é o que chama de “deciosinismo deletério”, que causaria insegurança no mercado, por isso a procura de um padrão exemplar de decisão. Este objetivo prático, aliado às lições de Roberto Freitas Filho,¹⁸ como fundamento teórico, balizam a pesquisa quantitativa das decisões dos últimos cinco anos do Superior Tribunal de Justiça, e Tribunais Estaduais, do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Distrito Federal e dos Territórios. Em análise bastante crítica, identifica o que chama de “déficits” de fundamentação das decisões e constata que tal padrão “exemplar” de decisão judicial em matéria de superendividamento do consumidor ainda não é alcançado no Brasil. A autora prefere, porém, não sugerir meios e ins-

14. Assim ensina MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1007.

15. Veja também o mestre argentino, MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 1991, p. 30 e ss.

16. Assim ensina MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1007.

17. Veja LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recorrer dos consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 52 e ss.

18. Veja FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009. Do mesmo autor, Metodologia de análise das decisões – MAD. *Revista Univ. Jus*, n. 21, jul./dez. 2010 e Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, jul./set. 2007.

trumentos metodológicos para alcançar tal padrão, mas, ao contrário, conclui que “não se pode abrir mão da regulação estatal sobre o tema” do superendividamento dos consumidores pessoa física, preferindo uma saída legislativa sobre este importante desafio do direito brasileiro hoje.

No tratamento e na prevenção do superendividamento do consumidor, a resposta legislativa está a caminho, pois os PL 281, 2012 e 283, 2012, do Senado Federal, de atualização do CDC, foram aprovados em duas leituras por unanimidade no Senado e agora estão em análise na Câmara de Deputados.¹⁹

Para bem honrar o gentil convite, gostaria de destacar uma de suas novidades, o combate ao assédio de consumo. Na atualização do CDC, a Comissão de Juristas, coordenada pelo e. Min. Antônio Herman Benjamin, introduziu no direito brasileiro a figura do combate ao assédio de consumo, nominando estratégias assediosas de marketing muito agressivas e de marketing focado em grupos de consumidores, *targeting* muitas vezes nos mais vulneráveis do mercado, idosos e analfabetos de forma irresponsável e levando-os ao superendividamento.

No PLS 281, 2012, criou-se um novo direito básico dos consumidores, proibindo qualquer forma de discriminação e assédio de consumo, reforçando a liberdade de escolha dos consumidores, nos seguintes termos:

“Art. 6.º (...)

XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”.

Também no PLS 283, 2012, há norma prevista tipificando o assédio de consumo como prática comercial abusiva, que é a seguinte:

“Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

IV – assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio”.

No relatório geral da atualização do CDC, ponderamos que estas normas fazem parte de um reforço na dimensão ético-inclusiva e solidarista do CDC.²⁰

19. Em especial, veja os arts. 104 A e 104 B do PLS 283, 2012, remetido à Câmara dos Deputados em 15 de novembro de 2015. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773]. Acesso em: 16.09.2016.

20. BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. *Relatório-geral da comissão de juristas – Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Presidência do Senado Federal, 2012, p. 23 e 24.

Esta *diretriz de inclusão social* procura adaptar o CDC aos desafios do Brasil de hoje, em que a democratização e massificação do crédito ao consumidor, em especial o crédito consignado, tem como alvo principal o grupo de idosos, muitos analfabetos ou analfabetos funcionais.²¹ Na justificativa, a Comissão explicava que o Anteprojeto cria “também a figura do assédio de consumo, protegendo de forma especial os consumidores idosos e analfabetos, estabelecendo regras básicas para a publicidade de crédito”. Efetivamente, a doutrina brasileira já comparou a figura do acoso ou assédio europeia às práticas com consumidores idosos no Brasil.²² A jurisprudência também demonstra sensibilidade ao tema utilizando para julgar as práticas comerciais do art. 39 do CDC, que são exemplificativas, o critério da razoabilidade.²³

Trata-se de figura europeia nova, que vem a complementar a lista já existente de práticas abusivas do art. 39 do CDC.²⁴ A Diretiva europeia sobre práticas comerciais abusivas, Diretiva 2005/29/CE, em seu art. 8 utiliza como termo geral o de prática agressiva, aí incluídos, como espécies, o assédio (*harassment*), a coerção (*coercion*), o uso de força física (*physical force*) e influência indevida (*undue influence*).²⁵ A opção do legislador brasileiro foi de considerar assédio de consumo

21. Veja meu texto que serve de base para as observações que se seguem. MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. *Novas tendências do direito do consumidor – Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 46 e ss.
22. Nesse sentido, veja a bela pesquisa sobre o tema de SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis – A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120 e ss.
23. Veja: “em se tratando de relação de consumo, há que ser reconhecida a vulnerabilidade do consumidor; impondo o princípio da boa-fé objetiva ao fornecedor o dever de respeito e lealdade, servindo como paradigma de conduta, cabendo ao magistrado avaliar se a atuação do fornecedor trespassou a razoabilidade e a equidade (...)” (STJ, REsp 1060882/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 25.06.2013, DJe 20.08.2013).
24. Veja a doutrina sobre práticas abusivas, os artigos de SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas comerciais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor* 7, p. 37 e ss.; SENISE, Roberto Lisboa. Prática comercial abusiva. *Revista de Direito do Consumidor* 39, p. 199-204, jul./set. 2001; PFEIFFER, Roberto C. Proteção do consumidor e defesa da concorrência. Paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor* 78, p. 131 e ss. E o livro de SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.
25. MICKLITZ, Hans-W. Unfair commercial practices and misleading advertising. In: REICH, Norbert; MICKLITZ, Hans-W; ROTT, Peter; TONNER, Klaus. *European Con-*

o gênero para todas as práticas comerciais agressivas²⁶ que limitam a liberdade de escolha do consumidor. Esta novidade merece um estudo mais aprofundado.

No direito brasileiro, a lista do art. 39 do CDC de práticas comerciais abusivas é um elenco exemplificativo,²⁷ logo, pode já conter a figura do assédio de consumo. Segundo Antônio Herman Benjamin, são abusivas as práticas comerciais que “violem padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo, ou, ainda, contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção ao consumidor”.²⁸ Segundo o eminente autor: “O CDC regra as chamadas *práticas abusivas*, sem se preocupar em defini-las. São comportamentos empresariais que afetam, diretamente, o consumidor, aproveitando-se de sua vulnerabilidade ou tornando-o mais vulnerável. Todas as hipóteses listadas têm em comum o fato de representar um comportamento do fornecedor incompatível com um mercado transparente e justo.”²⁹

Hans-W. Micklitz, ao examinar a possibilidade de uma cláusula geral de práticas desleais ou abusivas (*unfair practices*) no direito europeu, observa que na gênese do conceito estão dois critérios, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. O critério objetivo verifica-se pela aptidão da prática desleal de comprometer ou violar a autonomia do consumidor, ou seja, a liberdade do consumidor de definir suas decisões nas relações de consumo. O critério subjetivo, o propósito (*intent and fault*), de distorcer o comportamento dos consumidores, impedindo-o ou prejudicando sua capacidade de tomar uma decisão informada.³⁰ Nos termos da Diretiva 2005/29/CE, contudo, toma-se

sumer Law, Intersentia: Cambridge, 2014, p. 113, afirma que tal norma é “semelhante” (*likewise*) a uma cláusula geral.

26. Note-se que a expressão prática comercial agressiva não era conhecida em muitos países europeus antes da Diretiva de 2005, como informa HOWELS, Geraint. *Agressive Commercial Practices*. In: HOWELS, Geraint; MICKLITZ, Hans-W; WILHELMS-SON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006 (p. 167-194), p. 168.
27. Veja a jurisprudência sobre o art. 39 do CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 891.
28. BENJAMIM, Antonio Herman V. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense, 2011, p. 380.
29. BENJAMIN, A. H. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, jul./set. 1993, p. 269-292.
30. MICKLITZ, Hans-W. The general clause on unfair practices. In: HOWELS, Geraint. MICKLITZ, Hans-W; WILHELMS-SON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 104-105.

em conta apenas o aspecto objetivo, qual seja, a aptidão de limitar, afetar ou restringir indevida à autonomia (liberdade de escolha) do consumidor.³¹

Como alerta a doutrina europeia,³² o assédio de consumo é um dos elementos ou espécie de prática comercial agressiva, e não seu gênero, como parece ser a opção brasileira. Com diferentes traduções nacionais (*harassment*, em inglês, *harcèlement*, em francês, *Belästigung*, em alemão, *acoso*, em espanhol, e assédio, em português), sua interpretação pelas cortes nacionais deve ser de acordo com a Diretiva (total), e não de acordo com a tradição dos países.³³ A doutrina nota que a Diretiva inclui assédio em um “triuvirato”³⁴ que caracteriza a prática agressiva (assédio, coerção e influência indevida), mas só fornece a definição de “influência indevida” (qual seja “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”).³⁵ Assim, coube à doutrina interpretar os arts. 8.º e 9.º no sentido que a prática não necessita ser “contrária à boa-fé” ou à diligência profissional esperada e que se presume que tais práticas distorçam a conduta do consumidor.³⁶

31. SCHMIDTKE, Stefan. *Unlautere geschäftliche Handlungen bei und nach Vertragsschluss*. München: Herbert Utz Verlag, 2011, p. 3-4.

32. MICKLITZ. REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, op. cit., p. 113 e ss; HOWELLS, op. cit., p. 172.

33. A diretiva 2005/29 é uma diretiva de harmonização total (*full harmonization*), o que é ainda muito criticado, veja DUIVENVOORDE, Bram B. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, e-book, 2015, p. 14 e 222. Porém, em serviços financeiros, pelo “risco” aos consumidores permite os países manterem normas mais protetivas (art. 3.º, n. 9), WILHELMSSON, Thomas. Scope of the Directive. In: HOWELLS, Geraint. MICKLITZ, Hans-W; WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 80.

34. Expressão de HOWELLS, op. cit., p. 172.

35. Assim MICKLITZ. In: REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, op. cit., p. 116: “The reasons for this omission remain strangely unexplained”.

36. Assim ensina HOWELLS, Geraint. *Agressive commercial practices*. In: HOWELLS, Geraint; MICKLITZ, Hans-W; WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 172. No Direito comparado, veja o modelo australiano de proibição de conduta abusiva para combater modelos “predatórios” de fornecimento aos consumidores mais vulneráveis (“prohibition on unconscionable conduct in responding to predatory business models”). PATERSON, Jeannie Marie; BRODY, Gerard. “Safety Net” Consumer pro-

A prática agressiva é aquela que tenta pressionar o consumidor de forma a influenciar (paralisar ou impor) sua decisão de consumo, explorando emoções, medos, confiança em relação a terceiros, explorando a posição de expert do fornecedor e as circunstâncias especiais do consumidor. A doutrina europeia chega à conclusão que não é necessário identificar quais dos três elementos foi violado, pois os exemplos da lista negra bem esclarecem que a pressão é que é o elemento comum desta “agressividade”.³⁷ Se bem que “violência física” está mais ligada à coerção, não há necessidade de violência nem na coerção nem no assédio de consumo.³⁸

Geraint Howells destaca três características do assédio de consumo: 1. *Objetiva proteger a esfera privada do consumidor* (assédio seria a prática agressiva que invade a esfera privada do consumidor), mas alerta que o exemplo clássico inicial (o consumidor ser “forçado” a contratar, pois o vendedor nas primeiras horas da manhã não sai de sua porta e ele tem muito a fazer durante o dia) não mais existe e hoje o assédio são pressões exercidas pelos fornecedores que acabam impedindo uma decisão racional do consumidor.³⁹ O assédio de consumo realmente pode ser uma pressão indevida no momento da contratação, mas vemos no Brasil que muitas vezes é durante a execução que esta pressão existe, como em renovações contratuais ou *up grades* por telemarketing, tendo pensado o CDC na pressão indevida na cobrança de dívidas (art. 42 do CDC).⁴⁰ 2. *Necessita exame dos fatores relevantes do art 9.º da Diretiva 2005/29*. Os fatores são vários (a saber: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou

tection: using prohibitions on unfair and unconscionable conduct to respond to predatory business models. *J Consum Policy* (2015) 38: 331-355.

37. Assim, HOWELLS, op. cit., p. 173. Veja sobre a tentativa europeia de melhorar as práticas através de código de conduta de autor-regulamentação, PAVILLON, C.M.D.S. The interplay between the unfair commercial practices directive and codes of conduct. *Erasmus Law Review*, vol. 5, Issue 4 (2012), p. 267-288.
38. Conclui assim HOWELLS, op. cit., p. 174. Veja sobre os elementos de “cultura nacional” das definições de “violência” e agressividade ou assédio, MICKLITZ. In: REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, op. cit., p. 114-115.
39. HOWELLS, op. cit., p. 178.
40. Nesse sentido, veja-se semelhanças com a definição de assédio da legislação inglesa: “Section 7(2) defines harassment as including ‘alarming the person or causing the person distress.’ (...) In reality under the PHA it ‘might be harassment even if no alarm or distress were in fact caused.’” (OSUJI, Onyeda K. Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK – A Distorted Picture of Uniform Harmonization? *Journal of Consumer Policy*, vol. 34, Issue 4, p. 442).

comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) Qualquer ameaça de intentar uma ação quando tal não seja legalmente possível). Dois, porém, se destacam em caso de assédio, a) o exame do “momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência” e b) “o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos”,⁴¹ pois se assédio é uma prática agressiva que invade o espaço privado do consumidor tornando-o desagradável e prejudicando sua capacidade de decidir, a insistência, as solicitações não requeridas, o tempo e o local da insistência, a linguagem desagradável, as ameaças, o *bullying* são condutas comuns nestes casos. E 3. *Reflete um teste objetivo ou subjetivo*. Da tradição inglesa, a Diretiva 2005/29 teria aceitado a necessidade de um teste se a conduta ‘assediosa’ preenche objetivamente as normas que proíbem esta prática e se houve objetivamente a intenção de perturbar (*disturbing*) a pessoa assediada para ter uma vantagem com a relação de consumo ou se subjetivamente, a prática é vista pelo consumidor como sendo uma perturbação.⁴² Aqui a sensibilidade e as fraquezas dos consumidores individuais são levadas em conta, pois é *via-a-vis* o grupo de consumidores visados (*target*: doentes, idosos, pessoas de reduzida formação escolar ou analfabetas, mulheres etc.) que esta prática pode ser considerada assediosa. E alerta que algumas práticas agressivas de alguns setores são consideradas na legislação europeia como assediosas, como, por exemplo, o chamado automático por máquinas, computadores e e-mails sem consentimento anterior (art. 13, 3 da Diretiva sobre Privacidade e Comunicação Eletrônica e n. 26 do anexo I da Diretiva 2005/29). Levando em conta o n. 7 da Diretiva, também considera que, quanto ao lugar, ofertas nas ruas das cidades podem ser consideradas assediosas, a depender da cultura local. E práticas na cobrança de dívidas de agências de recolhimento de dívidas e outras práticas que quebrem o ‘standard’ de concuta correta naquela sociedade.⁴³

Tendo em vista o texto do art. 8.º da Diretiva 2005/29 ter optado por um triunvirato de elementos, especificados pelo art. 9.º de forma única, uma defi-

41. HOWELLS, op. cit., p. 179.

42. HOWELLS, op. cit., p. 179-180.

43. Assim, em belíssimas páginas, HOWELLS, op. cit., p. 181-183.

nição de assédio de consumo de forma autônoma não é somente da doutrina europeia, mas pode ser retirada também da jurisprudência e da prática europeia, fortemente influenciada pela antiga legislação nacional. Interessante o caso *Ferguson v British Gas*,⁴⁴ que a doutrina comenta.⁴⁵ No caso de 2009, o fornecedor *British Gas* enviou para a consumidora Ferguson contas não existentes, ameaçando-lhe cortar o fornecimento de gás e enviar seu nome para os cadastros de crédito. Ferguson contactou várias vezes o fornecedor, sem sucesso, e então usou uma lei inglesa de 1997 (*UK Protection from Harassment Act 1997*), acusando o fornecedor de “assédio” através destas cobranças inexistentes, sem, porém, apontar que empregados lhe estariam pressionando. Ganhou em primeiro grau e a apelação do fornecedor não foi aceita, apesar da legislação inglesa afirmar que deveria apontar que pessoa/empregado lhe estava “assediando”. Na apelação a corte inglesa, afirmou que a conduta da empresa era tal que cumpria com o teste de gravidade da pressão exercida, a ponto de causar real ansiedade e perturbação emocional (*distress*) com a pressão e ameaças da companhia de gás. Certo que a norma nacional não previa um “assédio acidental” por computador, mas a empresa devia saber que tais cobranças sem causa existiam e não providenciou um canal para evitar esta pressão indevida às pessoas, concretizando assédio pela lei nacional (e pela europeia).⁴⁶ A partir desta decisão, novamente se passou a falar de um assédio aos devedores (*harassment of debtors*).⁴⁷ E esta visão geral e objetiva de assédio de consumo, oriunda do diálogo entre a lei nacional e a europeia, acabou permitindo que o legislador europeu pense em estender o campo de aplicação da Diretiva. A exemplo do Código do Consumo italiano, que em 2012 expandiu o campo de aplicação da Diretiva 2005/29 para as relações entre microempresas vulneráveis (na posição equiparada de consumidores) e grandes empresas (art. 18 e ss. do Código de Consumo Italiano).⁴⁸

44. A citação completa é *Ferguson v British Gas Trading Ltd. Case*, (2009) EWCA Civ 46 Court Court of Appeal (Civil Division), Judge Sedley, Jacob, and Lloyd LJJ, 10.02.2009.

45. Veja comentando o caso, OSUJI, op. cit., p. 437-453.

46. Veja detalhes do caso. Disponível em: [www.5rb.com/case/ferguson-v-british-gas-trading-ltd/]. Acesso em: 16.09.2016.

47. Veja as origens no direito inglês deste assédio. KOUTSIAS, Marios; WILLETT, Chris. The unfair commercial practices directive. The UK. Disponível em PDF: [repub.eur.nl/pub/51394/Volume05Issue04-Koutsias_and_Willett.pdf].

48. Veja notícia em DE CRISTOFARO, Giovanni. *Unfair Business-to-Microenterprise Commercial Practices: The Italian Solution in the European Context – The Extended Scope of*

Alguns *experts* têm denominado este superendividamento na terceira idade como um verdadeiro “drama social da velhice”⁴⁹ no Brasil. Efetivamente, o que se observa por vezes é um abuso na concessão de crédito,⁵⁰ seja na forma irresponsável de angariar e conceder crédito para idosos (em especial os analfabetos, analfabetos funcionais, surdos, pobres e com reduzida educação financeira),⁵¹ seja nas práticas do crédito consignado,⁵² deixando de preservar o mínimo existencial dos idosos. Conclua-se, pois, que práticas de assédio ocorrem muitas vezes na concessão de crédito para idosos, em especial de fraudes na contratação⁵³ e ao uso de dados dos idosos para empréstimos consignados que não foram contratados por estes.⁵⁴ Muitas vezes os cuidados que

Application of UCP Directive's Implementing Provisions. EuCML 1-2/2015, p. 20-29.

49. BENDER DE PAULA, Jeanine; GRAEFF, Lucas. O superendividamento na terceira idade: um estudo de caso. *Estudos Interdisciplinares sobre Envelhecimento*. Porto Alegre, vol. 19, n. 2, 2014, p. 579.
50. Veja relatório da pesquisa. MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre (2007 a 2012) e o Observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, p. 411-436.
51. Veja SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis – A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87 e ss.
52. Veja CAVALLAZZI, Rosângela L.; SILVA, Sayonara G. L.; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 76. p. 74 e ss.
53. Veja exemplo do TJRS: “No presente caso restou demonstrada a existência de descontos em folha de pagamento, sem que haja efetiva demonstração de contratação de empréstimo com a ré. Não reconhecendo o consumidor a existência de contratação e havendo demonstração cabal de descontos em folha, sem a juntada da prova da contratação ou de efetivo empréstimo, deve ser desconstituído o contrato e determinada a devolução dos valores descontados sem substrato jurídico.” Parte da ementa da decisão na ApCiv 70063881601, 23.^a Câ. Civ., TJRS, rel. Alberto Delgado Neto, j. 30.06.2015.
54. Veja como exemplo nos JECs, a ementa: “Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais e desconstituição de débito. Empréstimo não contratado. Descontos indevidos em benefício previdenciário. Idoso. Interesse de agir do autor configurado. Desnecessidade de prova pericial quando há elementos no feito que permitem a análise da controvérsia. Devolução em dobro das parcelas. Descabimento pela ausência de pedido neste sentido. Excesso extirpado. Dano moral configurado. (...) Recurso parcialmente provido. (TJRS, Recurso Cível 71005527544, 2.^a T. Recursal Cível, Turmas Recursais, rel. Regis de Oliveira Montenegro Barbosa, j. 29.07.2015).

devem ser tomados para um crédito responsável em relação a idosos não são utilizados no Brasil.⁵⁵ Como resposta necessária, parece-me, que as normas atuais do direito do consumidor devem absorver a evolução europeia de instrumentos para proteger os consumidores mais vulneráveis (idosos, crianças, analfabetos, doentes), como o analisado assédio de consumo. No século XXI, o desafio maior está justamente na harmonia de normas de proteção à liberdade de escolha do consumidor, de combate à discriminação e ao marketing mais agressivo no mercado de consumo, exatamente como os PLS 281 e 283 de 2012 preveem.

A análise realizada pela magistrada Marília de Ávila e Silva Sampaio é um importante passo para a aprovação do PLS 283, 2012, visando a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores no Brasil. Saúde-se, pois, a publicação deste importante livro e a coragem da autora de analisar com tanto cuidado às argumentações das decisões judiciais em superendividamento dos consumidores e preparar as bases para uma evolução legislativa no tema no Brasil. A profundidade do exame, o brilhantismo da autora e a solidez de suas fontes convidam a todos para uma boa leitura, que fortemente recomendo.

55. Assim, o TJRS relata caso em que idoso analfabeto e surdo requereu a nulidade de contrato realizado, em verdade, por sua sobrinha. A decisão é assim emendada: “Contrato bancário. Nulidade do contrato de crédito consignado. Idoso: hipervulnerabilidade agravada pela surdez e o analfabetismo. Impressão digital e assinatura a rogo como causas concorrentes da nulidade. Imprescindibilidade de instrumento público. Dano moral: A prática de um ato por parte do banco, que o CDC qualifica como “abusivo”, qual o de aproveitar-se da fragilidade do idoso, implica, por inferência lógica, que houve lesão também ao estatuto do idoso. Aproveitar-se das suas visíveis fragilidades materializa violação ao CDC e à regra do respeito à senectude. Devolução corrigida das parcelas descontadas. Provido o recurso.” (TJRS, ApCiv 700059723601, 23.^a Câm. Civ., TJRS, rel. Ana Paula Dalbosco, j. 16.12.2014).