

O SIGNALING DO RECURSO ESPECIAL – RESP N.º 1.907.394/MT, OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS CONTRAÍDOS POR IDOSOS, ANALFABETOS E INDÍGENAS E A INTERVENÇÃO (IN)DEVIDA NA AUTONOMIA DA VONTADE

THE SIGNALING OF THE APPEAL N. 1.907.394/MT, PAYDAY LOANS TAKEN BY THE ELDERLY, ILLITERATES AND INDIGENOUS PEOPLE AND THE (UN)DUE INTERVENTION IN THE FREE WILL

Roger Vítório Oliveira Sousa

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduado em Direito Público e em Direito Constitucional (Certificação pela UniAmérica). Pós-graduado em Direito do Trabalho pela ProMinas (Faculdade Única). Pós-graduado em Direito Falimentar e Recuperação Judicial e em Seguridade Social (Faculdade FOCUS).

Resumo: Observado o primado pela liberdade contratual e a própria estrutura da ordem econômica, discute-se a viabilidade da proposta trazida no REsp n.º 1.907.394/MT, que sinaliza uma futura modificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de analisar, em casos nos quais se discute a validade de empréstimos consignados firmados por analfabetos, se houve a efetiva compreensão do consumidor acerca dos termos do avençado, mesmo observadas as balizas do artigo 595 do Código Civil de 2002, dispositivo aplicável por analogia aos contratos de mútuo, consoante jurisprudência consolidada da Corte Cidadã. Para tanto, analisa-se a estrutura dos contratos em geral, o valor atribuído à autonomia da vontade e à liberdade contratual no ordenamento pátrio e a organização econômica a fim de verificar se é legítima essa intervenção estatal – por meio da construção de jurisprudência paternalista – nas relações privadas. Observado o objeto da discussão, o método dedutivo foi o entendido como o mais pertinente à análise bibliográfica empreendida, viabilizando a compreensão dos termos conceituais analisados com o fito de se chegar ao resultado.

Palavras-chave: Liberdade contratual. Empréstimo consignado. Consumidor.

Abstract: *In view of the supremacy of the freedom of contract and even the very own structure of the economic order, it's discussed the viability of the proposition made on the appeal n.º 1.907.394/MT, which signals the alteration of the Superior Tribunal de Justiça's comprehension, preaching that it must be analyzed, in cases on which is discussed the validity of the payday loans contracted by illiterates, if the consumer effectively understood the terms of service, even when respected the article 595 of the Civil Code of 2002, disposition that is applied on these cases, by the Citizen's Court, from the use of analogy. To that end, it analyzed the general contract structure, the value attributed to the free will and the freedom of contract by the Brazilian law and the economic organization, to verify if the State's intervention on private affairs – by means of constructing a paternalist jurisprudence – is legitimate. Given the object of discussion, the deductive method was understood as the most pertinent to the bibliographic analysis undertaken, enabling the understanding of the conceptual terms analyzed in order to reach the result.*

Keywords: *Freedom of contract. Payday loan. Consumer.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A contratação dos empréstimos consignados no cenário pátrio e a jurisprudência – 3 Breves apontamentos sobre a Teoria dos Contratos; 3.1 Liberdade de contratar; 3.2 Elementos do contrato – 4 Intervencionismo estatal; 4.1 A livre iniciativa na ordem

econômica brasileira; 4.2 Contraponto ao signaling do STJ no REsp n.º 1.907.394/MT: os riscos da proposta – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Às vistas da guinada jurisprudencial acenada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), o presente debate se instaura com o fito de, por intermédio de uma justaposição entre a perspectiva atual da Corte Cidadã, a visão da jurisprudência dos Tribunais estaduais pátrios e a modificação proposta, atestar se há ou não justificativa para referida transição de perspectiva.

O objeto da presente discussão é, portanto, discriminar se haveria oportunidade e adequação na proposta de evolução da compreensão já fixada no STJ, realizando um contraponto à posição adotada.

Resta, assim, elucidar se o entendimento atualmente adotado pela Corte Cidadã acerca desses pactos (estabelecendo-se a incidência, por analogia, de um critério objetivo a fim de se aferir se houve a ciência do consumidor hipossuficiente quanto aos termos do que contratou, qual seja, o critério previsto no art. 595 do Código Civil de 2002) ou se seria necessário superar essa posição, exigindo-se que fosse necessário comprovar, em Juízo, a efetiva ciência – pelo vulnerável – daquilo que contratou.

A relevância desse estudo jaz no impacto que pode ser contemplado em razão da proposta de evolução jurisprudencial, uma vez que, ao mudar o entendimento da Corte Cidadã acerca de o que seria necessário para que se tivesse um contrato de mútuo, estabelecido entre instituição financeira e consumidor hipervulnerável, ter-se-ia um conjunto de efeitos sucessivos nos contratos já firmados e nas relações já consolidadas.

Em um primeiro momento, foi necessário estudar minuciosamente a jurisprudência pátria sobre a questão dos empréstimos consignados concedidos a sujeitos de maior vulnerabilidade – idosos, indígenas e analfabetos – para que se notasse em que direção ruma a intenção dos julgadores.

Tendo sido descoberto que, no âmbito dos juízos estaduais, bem como no do próprio STJ, entende-se válida a contratação por esses vulneráveis, com a manutenção da avença, com base na higidez do negócio jurídico firmado, foi essencial entender quais os elementos do negócio jurídico. Para penetrar na temática, buscou-se estudar a liberdade de contratar estabelecida pelo ordenamento.

A análise da liberdade de contratar se justificou como introdução à terceira seção do desenvolvimento, que indagou acerca da possibilidade de intervenção estatal na esfera privada, a se estudar se seria cabível a evolução jurisprudencial sugerida ou se haveria violação precária e ruidosa da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e do direito de propriedade.

O método dedutivo, nessa linha, é instrumento propício a fim de que se chegue à conclusão sobre a controvérsia instaurada. Ora, a fim de identificar se é válida a superação – ou melhor, a reinterpretção da questão, necessitava-se entender a compreensão inicial da jurisprudência acerca do assunto.

Após isso, o estudo dos elementos essenciais do contrato – sobre os quais pairava a controvérsia no tocante à manifestação de vontade do contratante – foi progressão natural. O encerramento, então, se deu com a análise da ordem econômica, conjugando-se tanto os elementos do contrato, da forma como elucidados pela doutrina, em justaposição à compreensão já consolidada pelos tribunais pátrios, para, finalmente, haver um posicionamento quanto à reflexão iniciada pela Min. Nancy Andrighi em sede de REsp n.º 1.907.394, MT.

Para tanto, foi necessário utilizar-se de pesquisa bibliográfica, com o objetivo de buscarem-se os conceitos iniciais e as jurisprudências consolidadas acerca da matéria. O meio de pesquisa também torna possível a utilização de conceitos gerais, para o alcance de resultados

específicos, apresentando evidente e inegável sinergia com o próprio método dedutivo.

2 A CONTRATAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS NO CENÁRIO PÁTRIO E A JURISPRUDÊNCIA

A realidade pátria hodierna tem visto um incremento expressivo na judicialização de questões pertinentes à esfera consumerista. É nítido que a sociedade tem cada vez mais se municiado do conhecimento necessário para o exercício dos direitos inerentes ao indivíduo, em especial do indivíduo consumidor, o qual, sabidamente, é a parte vulnerável na relação de consumo e a quem a Constituição Federal de 1988 assegurou certos direitos aptos a mitigarem a distinção fática estabelecida entre esta figura e o fornecedor (Grinover *et al.*, 2007).

Não obstante, o exercício do direito de ação em parcela expressiva das vezes se dá de forma abusiva, havendo, por exemplo, a prática da litigância de má-fé, reprimida pelo Código Fux*. Uma das ações mais contempladas na justiça tem sido a anulação contratual de empréstimos consignados. É típico em tais demandas pedir que determinado empréstimo, firmado com pessoas idosas ou analfabetas ou, até mesmo, pessoas que possuem ambos os caracteres, seja anulado, com base na vulnerabilidade supostamente inerente a tais indivíduos e na principiologia específica do Direito do Consumidor.

Com o intuito de promover a pacificação social incumbida ao Poder Judiciário, estabelecendo-a de forma também apta a garantir a observância e a concretização da segurança jurídica, previu o ordenamento jurídico pátrio figuras como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – e os Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (Sistemática dos Recursos Repetitivos).

Veja-se que ambas as dinâmicas preveem como pressupostos a multiplicidade, respectivamente, de demandas ou de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, havendo, no primeiro caso, controvérsia sobre uma mesma questão de direito e, no segundo, sendo o fundamento do recurso uma idêntica questão de direito. Dessa fundamentação se verifica a validade do afirmado: vários estados pátrios já utilizaram o instrumento do IRDR para pacificar a questão pertinente à regularidade ou não da contratação, por analfabeto ou idoso, de empréstimo consignado.

No Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – TJ-PI –, por exemplo, procedeu-se ao juízo de admissibilidade positivo ao IRDR n.º 0759842-91.2020.8.18.0000 (Piauí, 2021), delimitando-se como matérias controversas o termo inicial do prazo prescricional e o prazo prescricional aplicável à espécie, a alegada necessidade de procuração pública para a formalização de contrato por analfabeto, a possibilidade de restituição das parcelas descontadas ilegalmente e a suposta necessidade de requerimento administrativo prévio à ação judicial.

No Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (doravante TJ-CE), da mesma forma, mas em estágio mais avançado, apreciou-se a questão discutida, por intermédio do IRDR instaurado no Processo n.º 0630366-67.2019.8.06.0000. Naquele sodalício, consolidou-se a tese da legalidade do instrumento particular, preenchidos os requisitos do art. 595 do Código Civil brasileiro, ou seja, assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas, quando o contratante for analfabeto, para a contratação de empréstimo consignado com instituição financeira.

A compreensão dispensou, portanto, o instrumento público para a validade da manifestação de vontade do analfabeto, resguardando-se ao Poder Judiciário o controle da observância dos requisitos legais. A Corte do Estado do Ceará optou por respaldar o entendimento de que a

*É costumeiro que se alcunhe determinada codificação com o nome de quem a escreveu (como Clóvis Beviláqua e Alfredo Buzaid, Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1973, respectivamente) ou encabeçou sua confecção (Ministro Luiz Fux, quanto ao Código de Processo Civil de 2015, e Miguel Reale, quanto ao projeto de Código Civil da década de 1970, que foi promulgado em 2002 como a nova legislação substantiva). Em razão disso, é o Código de Processo Civil de 2015 conhecido como Código Fux, em homenagem ao atual Ministro do Supremo Tribunal Federal que presidiu a comissão de juristas cuja atuação resultou na confecção do Código.

lei não previu os analfabetos como incapazes, estabelecendo regime jurídico diferenciado apenas em hipóteses específicas, como a determinação de forma específica para a contratação de serviços, contemplada no art. 595 do Código Civil – CC/02.

Nessa mesma linha, constatou-se que:

[...] a legislação que prevê a possibilidade das operações de crédito consignado, Lei 10.820/03, em nada verbaliza sobre a necessidade de instrumento público ou procuração pública para que o contratante analfabeto possa entabular o negócio jurídico com a instituição financeira, pois não faz nenhuma ressalva quanto ao grau de escolaridade do mutuário. E nos casos de pessoa aposentada, a citada lei autoriza os descontos no benefício de seus titulares, mas também sem a exigência de maiores formalidades cartorárias. A mesma coisa se observa quanto à Instrução Normativa do INSS n.º 28, de 16 de maio de 2008, modificada de forma recente pela IN n.º 100/2018, que ao estabelecer critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos de empréstimo em benefício previdenciário não faz alusão ou restrições quanto ao beneficiário analfabeto (Ceará, 2020, p. 1053).

A explicação para a observância do art. 595, CC/02, e a própria justificativa da existência de tal dispositivo, baseiam-se na isonomia material. Isso porque, embora a pessoa analfabeta encontre-se em situação díspar, quando comparada à outra parte da avença, no caso do objeto deste estudo, a instituição financeira, tal disparidade ou distinção é atenuada, ainda que não excluída, com a inclusão de duas testemunhas, pessoas que, compreendendo os termos do acordo que o contratante está prestes a firmar, poderão transmitir a este o conteúdo do contrato, para que o analfabeto chegue a uma decisão informada e consciente.

Trata-se, pois, da consolidação legislativa de disposição afinada com os termos da Carta de Ulysses Guimarães, em especial à isonomia, interpretada em seu aspecto material, e à defesa do consumidor.

Essa também foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em caso no qual se discutia a validade de contrato firmado por indígena, idoso e analfabeto. Reconheceu-se, no Recurso Especial n.º 1.868.099, Ceará, Relator Ministro Marco Aurélio Buzzi, a discrepância e o desequilíbrio que inicialmente haveria na relação negocial referida, tendo, no entanto, restado afastada qualquer nulidade, *in casu*, por ter sido constatada a observância do art. 595, CC/02, o qual serve como fator de balanceamento dos polos do contrato. Explicitou-se, no voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...] a formalização de negócios jurídicos em contratos escritos – seja por opção das partes, seja por determinação legal, como ocorre na contratação de mútuo com instituição financeira –, põe as pessoas analfabetas em evidente desequilíbrio, haja vista sua dificuldade de compreender as disposições contratuais expostas em vernáculo. Não obstante, intervindo no negócio jurídico terceiro de confiança da pessoa analfabeta, capaz de lhe certificar acerca do conteúdo do contrato escrito e de assinar em seu nome, tudo isso testificado por duas testemunhas, compensa-se, em algum grau, o desequilíbrio inicial entre os contratantes, diminuindo a assimetria informacional existente entre eles. Assim, entendo que, no tocante à forma, a validade do contrato escrito firmado por analfabeto está condicionada à observância da formalidade prevista no art. 595 do CC/02, ou seja, à assinatura do respectivo instrumento a rogo por terceiro, com a participação de mais duas testemunhas (Brasil, 2020, p. 22).

Também relevante para a presente pesquisa é o IRDR 053983/2016, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (doravante TJ-MA). Neste julgado, foram fixadas, originalmente, quatro teses:

[...] IV - A primeira tese restou assim fixada: Independentemente da inversão do

ônus da prova - que deve ser decretada apenas nas hipóteses autorizadas pelo art. 6º VIII do CDC, segundo avaliação do magistrado no caso concreto -, cabe à instituição financeira/ré, enquanto fato impeditivo e modificativo do direito do consumidor/autor (CPC, art. 373, II), o ônus de provar que houve a contratação do empréstimo consignado, mediante a juntada do contrato ou de outro documento capaz de revelar a manifestação de vontade do consumidor no sentido de firmar o negócio jurídico, permanecendo com o consumidor/autor, quando alegar que não recebeu o valor do empréstimo, o dever de colaborar com a Justiça (CPC, art. 6º) e fazer a juntada do seu extrato bancário, embora este não deva ser considerado, pelo juiz, como documento essencial para a propositura da ação. Nas hipóteses em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante do contrato juntado ao processo, cabe à instituição financeira/ré o ônus de provar essa autenticidade (CPC, art. 429 II), por meio de perícia grafotécnica ou mediante os meios de prova legais ou moralmente legítimos (CPC, art. 369). V - Nos termos da lei substantiva civil (art. 3º e 4º do CC), as pessoas analfabetas são plenamente capazes de firmarem negócios jurídicos, porquanto essa circunstância não lhe torna absoluta ou relativamente incapaz. VI - A segunda tese restou assim fixada: A pessoa analfabeta é plenamente capaz para os atos da vida civil (CC, art. 2º) e pode exarar sua manifestação de vontade por quaisquer meios admitidos em direito, não sendo necessária a utilização de procuração pública ou de escritura pública para a contratação de empréstimo consignado, de sorte que eventual vício existente na contratação do empréstimo deve ser discutido à luz das hipóteses legais que autorizam a anulação por defeito do negócio jurídico (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158). VII - O art. 42 do CDC prevê que o consumidor não pode ser exposto ao ridículo, nem a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, de sorte que se for cobrado em quantia indevida terá direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, ficando resguardada as hipóteses de enganos escusáveis. VIII - A terceira tese restou assim fixada: é cabível a repetição de indébito em dobro nos casos de empréstimos consignados quando a instituição financeira não conseguir comprovar a validade do contrato celebrado com a parte autora, restando configurada a má-fé da instituição, resguardadas as hipóteses de enganos justificáveis. IX - São muitos os casos em que o consumidor visa à obtenção de um empréstimo consignado e a instituição financeira fornece-lhe uma operação na modalidade cartão de crédito com reserva de margem consignável (ou crédito rotativo), vendo-se o consumidor obrigado a arcar com encargos contratuais muito mais pesados, devido a essa falha do prestador de serviço. X - A quarta tese restou assim fixada: 4. Não estando vedada pelo ordenamento jurídico, é lícita a contratação de quaisquer modalidades de mútuo financeiro, de modo que, havendo vício na contratação, sua anulação deve ser discutida à luz das hipóteses legais que versam sobre os defeitos do negócio jurídico (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158) e dos deveres legais de probidade, boa-fé (CC, art. 422) e de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos, especificando corretamente as características do contrato (art. 4º IV e art. 6º, III, do CDC), observando-se, todavia, a possibilidade de convalidação do negócio anulável, segundo os princípios da conservação dos negócios jurídicos (CC, art. 170) (Maranhão, 2018, n.p).

Nota-se uma similitude entre as questões a serem apreciadas pelo TJ-PI e as já avaliadas pelo TJ-MA e pelo TJ-CE, quais sejam, a nulidade de avença pura e simples estabelecida entre analfabeto e banco e a possibilidade de devolução de valores descontados ilegalmente de benefício de analfabeto. Ou seja, analisar-se-á na Corte piauiense, já tendo sido analisado na Corte estadual maranhense e na Corte estadual cearense, a própria legitimidade da contratação de dado serviço por analfabeto.

A presente realidade parece apontar pela prevalência das teses em sentido semelhante às adotadas pela Corte estadual maranhense, como se viu pela admissão, pelo Tribunal cearense, de posição no mesmo sentido. Contudo, a questão apresenta-se bem complexa, frente às decisões já proferidas, isso porque, além de cada vez mais Cortes estaduais terem afetado a matéria para apreciação em sede de IRDR, fica nítida a ausência de uma harmonia nas decisões até en-

tão proferidas.

No Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJ-PE, por exemplo, admitiu-se o IRDR n.º 0016553-79.2019.8.17.9000, justamente por terem surgido, naquele órgão colegiado, três posições distintas acerca da matéria.

Revelou-se uma primeira corrente, segundo a qual, nos casos de empréstimo consignado não seria sequer necessário ao banco, réu típico de tais ações, comprovar o firmamento da avença por instrumento contratual, pois, nesse caso, seria necessário apenas provar que houve o depósito da quantia na conta da parte autora e o uso, total ou parcial, de tais valores pelo autor; uma segunda, apontando pela validade do negócio jurídico, quando contratado mediante a observância do disposto no art. 595, CC/02, ou seja, sem necessária escritura pública, mas com a assinatura do contrato por duas testemunhas; e uma última, que indica ser inválido o negócio jurídico, caso não tenha sido contratado através de escritura pública ou, no mínimo, através da assinatura a rogo do tomador analfabeto por rogado para tanto habilitado por escritura pública (Pernambuco, 2022).

Ademais, em recente julgamento, o do Recurso Especial – REsp n.º 1.907.394, a Ministra Nancy Andrighi pareceu indicar uma futura evolução na posição da Corte Cidadã, sinalizando a metamorfose da jurisprudência já firmada naquele sodalício. A jurista menciona que a mera observância da forma legal talvez não seja suficiente para mitigar o desequilíbrio evidente existente entre a figura do analfabeto consumidor, em posição ainda mais desprivilegiada que a do consumidor alfabetizado, e a instituição financeira, fornecedor do serviço de empréstimo. Deste modo, do que contemplado no voto da relatora,

Como o negócio jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, é necessário que essa vontade seja exteriorizada de acordo com o íntimo querer do agente, de forma livre, consciente e submissa ao ordenamento jurídico, para que o negócio seja considerado válido. Se sobre o desejo do agente, todavia, incorrem influências exógenas, culminando em uma declaração de vontade distorcida, o ato jurídico pode ser invalidado, ante as circunstâncias que o envolveram. [...] parece-me que essa disciplina dos vícios de consentimento pode bem ser invocada pela pessoa analfabeta com vistas à invalidação de um negócio jurídico por si firmado quando, a despeito da observância da forma prescrita na lei, se verificar que o ajuste não corresponde à vontade que intimamente elaborou e que pretendia declarar. Com efeito, a simples interveniência de terceiro na celebração do negócio jurídico formalizado por escrito não garante que o analfabeto efetivamente compreendeu os termos da contratação e seus elementos essenciais, mormente quando se tratar de contrato complexo, como em geral os são os contratos bancários (Brasil, 2021, p. 19-20).

É nítida a perspectiva protetiva da Ministra, que parece nortear-se por uma ideia de maior intervenção contratual enquanto, embora mitigando parte das faculdades concedidas à pessoa analfabeta, tente tutelá-la*. A presente discussão, portanto, tentará verificar a compatibilidade da mudança sinalizada com o ordenamento pátrio.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS CONTRATOS

Para o avanço da discussão iniciada, a presente seção abordará a liberdade de contratar, e os elementos característicos do contrato. Isso a fim de externar o respaldo dado pelo ordenamento à autonomia da vontade e compreender, posteriormente, a compatibilização entre a liberdade mencionada e o intervencionismo estatal, para compreender a legitimidade do quanto proposto na reflexão feita no Recurso Especial n.º 1.907.394, Mato Grosso.

*E, diga-se de passagem, o entendimento da jurista ao menos em tese é plenamente extensível aos idosos e aos indígenas, nas hipóteses em que estes estejam em situação de maior vulnerabilidade que o consumidor comum.

3.1 LIBERDADE DE CONTRATAR

A autonomia da vontade existe, enquanto princípio norteador das relações privadas, como clara decorrência do direito constitucionalmente consagrado à liberdade. O direito brasileiro, com clara tendência liberal, estabeleceu respaldo inegável ao direito geral à liberdade.

Essa liberdade, desde logo, ganhou espaço no *caput* do art. 5º da Constituição. Não só isso, a liberdade também é extraída de interpretação a *contrario sensu* do dispositivo que consolida modernamente o princípio da legalidade, o qual prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, Constituição Federal – CF/88). Por essa razão, a doutrina moderna menciona que a legalidade consiste em garantia da liberdade (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017), extraindo-se da previsão constitucional do princípio da legalidade, que a liberdade, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta.

Dessa forma, a lei, por exemplo, poderá mitigar o alcance da liberdade ou delinear seus contornos, adequando um interesse individual ao bem coletivo. Da mesma forma, outras previsões constitucionais acabam por impor limites ao exercício de tal direito, não obstante mantendo seu núcleo incólume.

Nessa linha, há, por exemplo, a função social da propriedade, a função social do contrato e o próprio princípio da justiça social, este último regente da ordem econômica, determinações – expressas ou implícitas – que interagem com a liberdade do indivíduo, adequando-a aos interesses coletivos e sociais*. Essa perspectiva é defendida, por exemplo, por Stolze (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 79), para quem “como corolário da liberdade individual no campo negocial, a liberdade contratual foi erigida realmente ao patamar de princípio, mas que, por sua vez, não pode ser interpretado de forma absoluta”.

Como previamente apontado, a justiça social constitui em uma condicionante à realização de atividade econômica. Para tanto, o fato de a justiça social configurar verdadeiro norte à ordem econômica, informando até mesmo os princípios regentes desta, é resultante da previsão expressa do art. 170, CF/88, segundo o qual “[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” (Brasil, 1988).

Deste modo, a partir da leitura do previsto no art. 170, *retro* citado, compreende-se que o constituinte originário tratou, no dispositivo, de densificar o objetivo pátrio de garantir o desenvolvimento da nação (art. 3º, II), estabelecendo entre esse objetivo e o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) sinergia evidente, consolidada através do condicionamento da ordem econômica à justiça social. Vê-se, portanto, que o desenvolvimento nacional mencionado no artigo terceiro faz menção ao que esteja afinado com o aspecto social da ordem jurídica vigente.

Não só isso, e ainda em sede constitucional, tem-se que, não obstante garantido o direito à propriedade, este será adequado à observância da função social de dita propriedade. Sendo assim, Grau (2015, p. 247) explicita a relevância de tal positivação expondo que:

[...] a afetação da propriedade pela função social importa o repúdio da concepção da propriedade exclusivamente como fonte de poder pessoal – poder que não se

*Referindo-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, inclusive, Maria Sylvia Zanella de Pietro elucida que, com a passagem do Estado de uma posição passiva a uma posição ativa, superando o individualismo jurídico até o fim do século XIX imperante, surgiram “no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional” (Di Pietro, 2016, p. 97). O próprio Poder de Polícia já leva à compreensão acerca da viabilidade de ser flexibilizado o espaço privado em prol do interesse coletivo.

exerce apenas sobre coisas, mas sobre as pessoas, razão de ser da liberdade visualizada como atributo exclusivo dos *beati possidetis* [...]

Novamente, a unidade da Constituição e a adoção de um viés social ficam evidentes na noção de que o objetivo constitucional foi o de afastar o mero “ter pelo ter”, impondo que o proprietário atribua ao bem uma destinação, a qual deve, por exemplo, no caso de propriedades urbanas, atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (dicção expressa do art. 182, § 2º, CF/88). Deste modo, parte-se, atualmente, de uma perspectiva de relativização do direito de propriedade, tendo sido este subordinado aos interesses expressos pela Constituição.

E não é apenas em sede constitucional que há mitigação à liberdade e a seus valores próximos e suas decorrências. Na lei também há perspectivas aptas a condicionarem, restringirem ou mitigarem a liberdade, limitando-se este estudo a analisar especificamente as previsões que alcançam a autonomia da vontade*.

Veja-se, por exemplo, que há o princípio da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil – CC/02), a vedação ao enriquecimento sem causa (arts. 884 e 885, CC/02) e a própria função social do contrato (art. 421, CC/02). Tais imposições legais acabam por diminuir o alcance e a elasticidade da vontade do indivíduo, adequando-a e conformando-a ao projeto que o legislador entendeu por bem estabelecer.

Aliás, a própria previsão de regras atinentes a contratos previstos na lei, os ditos contratos típicos, pode ser entendida como fator apto a atingir a autonomia da vontade, uma vez que diminui faticamente as matérias de que as partes podem tratar ao contratar, impedindo certas cláusulas ou impondo determinada forma, sempre com o objetivo de resguardar o interesse público. Ressalte-se, inclusive, que o Código Civil vigente, em norma de direito intertemporal, previu que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor do Código de Reale obedeceria ao disposto no Código Civil de 1916 e no Código Comercial. Não obstante, os efeitos de tais atos, produzidos após a vigência da legislação cível vigente, se subordinariam ao disposto nela, salvo se prevista, pelas partes, determinada forma de execução.

Além disso, tratou ainda o legislador de impor que nenhuma convenção prevaleceria se contrariasse preceitos de ordem pública, citando expressamente como exemplos de tais preceitos os referentes à concretização da função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035, *caput* e parágrafo único).

Não obstante, todas essas previsões consistem em exceções à liberdade, o que comporta dizer que esta é, em regra, plena, sendo, da mesma forma, plena a autonomia da vontade. É essa a exposição feita por Nader:

Se de um lado o princípio da autonomia da vontade comporta certos limites ditados pela função social dos contratos e do valor justiça, rejeita todo processo de dirigismo contratual que vá além, seja na forma legislativa ou jurisprudencial. Além dos casos previstos diretamente no Código Civil, o juiz não está autorizado a decidir por equidade, alterando as condições livremente estipuladas pelos contratantes. O art. 4º da Lei de Introdução é específico a respeito. Este é um princípio de segurança jurídica, que dá às partes a possibilidade de um saber a que se ater (Nader, p. 57, 2016).

Não se pode perder de vista que, embora o Estado possua viés social, também tratou de assegurar constitucionalmente o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvadas as exceções legais (art. 170, parágrafo

*Mencione-se o poder de polícia, por exemplo. Trata-se da “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (Meirelles, 2016, p. 152). Isso sem prejuízo de mitigações constantes de legislações de ordenação urbana, outras derivadas da função social da propriedade e do contrato, que intervêm na esfera de vontade do particular etc.

único, CF/88), sendo, em complemento, excepcional a atuação estatal no sentido de explorar atividade econômica (art. 173, CF/88). Corroborando com isso, a Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica promoveu pertinente mudança no Código Civil, incluindo um parágrafo único ao artigo 421, o qual impôs expressamente que prevalecem, nas relações contratuais privadas, o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Interpretando tal dispositivo, a doutrina informa:

O parágrafo único do artigo 421 reforça a mais fundamental característica do contrato: sua obrigatoriedade. Desde que se constate que a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual significa afastar, ainda que parcialmente, o produto da autonomia privada, convém assentar que isso só deverá ocorrer quando graves razões o exigirem. Embora o disposto no parágrafo único do artigo 421 já fosse regra no direito positivo brasileiro, sua explicitação não é inútil; ao contrário, tem o mérito de aumentar consideravelmente o ônus argumentativo de quem pretenda a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual (Bunazar, 2019, p. 1561).

A Declaração, pois, neste ponto, buscou afastar a ingerência estatal na esfera privada, restabelecendo, ao menos em parte, a autonomia negocial que esta conservava. Essa perspectiva, todavia, não significa que é excluída a intervenção estatal nos negócios jurídicos, especialmente levando em consideração todo o arcabouço exposto até aqui. Na verdade, a regra referida é aplicável apenas às situações nas quais há paridade ou situação próxima da paridade entre os contraentes. Por outro lado, nas relações em que uma das partes é hipossuficiente em face da outra, até para fins de garantia da igualdade material que é direito fundamental, o ordenamento pátrio prevê mecanismos compensatórios, a exemplo das normas de regência pertinentes ao direito do consumidor e ao direito do trabalho (Coelho, 2016).

Pelo exposto, é evidente que a autonomia da vontade existe como reflexo da liberdade concedida pela Carta Política. Ora, por tal princípio contratual, aos agentes é facultado o direito de estabelecer, livremente, lei entre as partes. Segundo Coelho, portanto, é:

[...] referência ao reconhecimento, pela ordem positiva, da validade e eficácia dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma, para a doutrina, é a que se manifesta livremente na criação de direitos e obrigações, porque nenhuma lei os preestabelece. Em outros termos, pela autonomia da vontade, o sujeito de direito contrata se quiser, com quem quiser e da forma que quiser. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contratado entre elas (Coelho, 2016, p. 7).

Do exposto pelo doutrinador, percebe-se que, dela, extraem-se diversos reflexos cuja origem comum é o dito respaldo pela liberdade. Assim, de início, vige a faculdade de contratar, o que significa apontar que o indivíduo pode ou não firmar o negócio jurídico, dentro de sua perspectiva acerca da conveniência de tal avença.

Ademais, também aponta pela possibilidade de escolha de com quem se contratará, além de, por fim, garantir às partes que estabeleçam, entre si, cláusulas específicas, distintas das regras gerais previstas em lei para determinado contrato típico, visando a amoldarem a avença à realidade que permeia os contratantes.

Desses reflexos é possível, inclusive, extrair alguns dos elementos de formação do contrato, ao se verificar que a faculdade de contratar corresponde à manifestação de vontade e a possibilidade de estabelecer cláusulas pertinentes ao negócio firmado vincula-se à forma prescrita ou não defesa em lei. Além dos já citados, há ainda o objeto lícito, possível e determinado e a capacidade do agente. Esses componentes serão analisados a seguir, sendo realizado o cotejo entre a explanação doutrinária e as posições dos tribunais apontadas.

3.2 ELEMENTOS DO CONTRATO

Os contratos apresentam os mesmos elementos gerais de validade que os demais atos jurídicos. Dessa forma, tais partes estruturais são a capacidade do agente, a manifestação da vontade, a possibilidade, a determinação e a licitude do objeto e a observância da forma prescrita em lei (Azevedo, 2019).

Faz-se importante ressaltar que a manifestação de vontade deve ser livre e em observância à boa-fé. Deste modo, o objeto deve ser idôneo, possível e determinado ou determinável, admitido esse último caso na hipótese de ser possível sua individualização. A forma atribuída ao negócio, ademais, deve ser admitida pelo direito, sendo, também, livre, caso não haja previsão legal de forma determinada (Gagliano; Pamplona Filho, 2019). Há, ainda, a capacidade, inerente ao agente. Segundo Rosenvald e Farias:

A capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes (Rosenvald; Farias, 2015, p. 271).

O ordenamento pátrio consagra como regra a capacidade do indivíduo para que a ele sejam impostos deveres ou concedidos direitos. Estabelece a lei, portanto, uma presunção de capacidade ao indivíduo pertencente à faixa etária de 18 anos. A se afastar a presunção, tem-se apenas a hipótese de incapacidade absoluta em virtude do critério etário, dispondo o Código Civil serem absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (art. 3º, com redação dada pela Lei n.º 13.146, de 2015), e as de incapacidade relativa, concernentes aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico; àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e aos pródigos (art. 4º, com redação dada pela Lei n.º 13.146, de 2015) (Brasil, 2002).

Antes da reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146, de 2015, o paradigma era outro: consideravam-se absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade (art. 3º, Código Civil, redação original).

De outro giro, eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos (art. 4º, Código Civil, redação original). Parte-se da presunção, portanto, atualmente, de que as pessoas maiores são capazes, salvo se estiverem enquadradas nas hipóteses de incapacidade relativa delineadas pelo sistema jurídico.

Assim, embora haja tese de que seria inválida a manifestação de vontade por parte de idosos, analfabetos e indígenas, em decorrência dos caracteres especiais de tais sujeitos, não se pode exigir o que não há na lei e, muito menos, desfazer avenças válidas com base nessas características. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, IRDR apreciado através do Processo n.º 0630366-67.2019.8.06.0000, sintetiza a questão pertinente à capacidade, indicando, ainda, hipóteses em que o legislador entendeu que exigiriam formas específicas no tocante à contratação por analfabeto, para a validade dos negócios:

No capítulo destinado à capacidade da pessoa natural o Código Civil estabelece que é absolutamente incapaz apenas o menor de 16 (dezesseis) anos (art. 3º). E quanto aos relativamente incapazes de exercer certos atos estão relacionados no artigo 4º os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados

em tóxico, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir vontade e, por último, os pródigos. Nota-se que o Código Civil não trata analfabetos como incapazes, porém em algumas situações foram definidas regras que facilitem a declaração de vontade dessas pessoas. É o caso por exemplo do artigo 215, § 2º, para a aquisição de bens móveis, do art. 595 para a contratação de serviços, do art. 1534, § 2º para a celebração do casamento, e também do artigo 1.865 para a realização do testamento público (Brasil, 2020, p. 1042).

Como se viu e como muito bem sintetizado pelo julgador no trecho acima juntado, os analfabetos – assim como os idosos, acrescente-se – não são vistos pelo ordenamento pátrio como incapazes, embora para aqueles primeiros haja a criação de mecanismos mitigadores das desigualdades fáticas, na forma, por exemplo, de um formalismo contratual consistente na necessidade de que, nos contratos de prestação de serviço, o instrumento seja assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas (art. 595, CC/02).

Frise-se, inclusive, que, tanto o idoso não é incapaz que boa parte da doutrina critica a limitação imposta pelo Código Reale ao regime de bens quando do casamento do septuagenário (art. 1.643, II, CC/02), como violação inclusive a princípios constitucionalmente queridos, como a tutela da intimidade (Pereira, 2014).

Admitir o contrário, ou seja, a flexibilização dos direitos inerentes ao particular de firmar negócios e de manifestar livremente sua vontade, com base em condições como a ausência da aptidão para ler ou da idade, parece atacar direitos fundamentais da mesma forma que o art. 1.643, II, CC/02. Ora, ter-se-ia uma imposição de barreira inexistente na lei, barreira a qual não possuiria justificação apta a validar o tratamento diferenciado apontado, a ponto de autorizar, por exemplo, a anulação de um contrato de empréstimo consignado pela simples presença dessas características. Todavia, o mero fato de serem esses agentes capazes não significa, por si só, que as vontades manifestadas sejam válidas.

A partir daqui, faz-se necessário entender a intervenção estatal no âmbito privado, bem como analisar a sinalização do STJ no REsp n.º 1.907.394/MT, para verificar a alteração jurisprudencial justificada anteriormente.

4 INTERVENCIONISMO ESTATAL

Nesta última seção do desenvolvimento, far-se-á necessário compreender se justificável o intervencionismo estatal proposto no REsp n.º 1.907.394/MT, em cotejo com o que foi exposto até aqui. Antes de verificar de maneira mais precisa o fundamento da sinalização realizada no referido recurso, é necessário compreender os limites da esfera privada no ordenamento brasileiro.

4.1 A LIVRE INICIATIVA DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Como já mencionado nesta discussão, a ordem jurídica brasileira gravita em torno da garantia e da tutela dos mais diversos direitos fundamentais pelo Estado. Ao viver em sociedade, o homem renuncia a parcela de sua liberdade, sob a premissa de lhe serem assegurados direitos a serem providos pelo Leviatã*, além de ser tutelada a pacificação social, sendo atribuída a capacidade de decidir os conflitos entre os mais diversos súditos ao próprio Estado regente. Tem-se, pois, que, ao mesmo tempo em que sacrifica sua liberdade em prol de viver coletivamente, passa a ser protegido o núcleo essencial dessa liberdade, na forma dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, os quais importam em garantir a observância de obrigações negativas pelo dito Estado.

*Por Leviatã, compreenda-se “Estado”.

No rol dos ditos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, encontra-se a liberdade. Dentro dessa liberdade, pode-se contemplar a autonomia da vontade e, correlacionando-se a tal liberdade, há o direito à propriedade privada. Decorrência lógica da conjugação de ambos os direitos é a livre iniciativa, ou seja, “poder da burguesia, dos empresários, dos particulares, enfim, de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços” (Amaral Neto, 1986, p. 229). A referida livre iniciativa teve seu valor social, inclusive, estabelecido como fundamento da República (art. 1º, IV, CF/88) e como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88).

De acordo com o arcabouço montado pelo constituinte originário, a ordem econômica, fundamentada na livre iniciativa, terá sua atuação direcionada pela justiça social, o que importa em dizer que a ideia-chave estabelecida na Carta Política vigente foi tentar conciliar os interesses privados e individuais, garantidos obrigatoriamente, posto que o Estado pátrio é democrático, e os interesses públicos, coletivos*.

Desta forma, por exemplo, enquanto o art. 3º da Constituição estabelece como objetivo pátrio o desenvolvimento nacional, esse objetivo não pode ser tido como absoluto, a ponto de se dar um aval à busca pelo desenvolvimento através de artifícios que se revelem incompatíveis com o restante das determinações constitucionais, como a busca da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, os quais fazem parte dos objetivos da República.

Na verdade, esse desenvolvimento não é o meramente econômico, mas o sustentável, o qual deve buscar, acima de tudo, o desenvolvimento social e a redistribuição de renda, o que importa em dizer, desta forma, que, para Corrêa e Gomes,

[o] Desenvolvimento pleno deve possuir algumas características econômicas, sociais e demográficas. Necessita buscar: suficiência alimentar, diminuir os analfabetos, elevar produtividade dos agricultores, industrialização, controlar o crescimento demográfico e taxas de desemprego (Corrêa; Gomes, 2011, p. 183).

Por outro lado, embora haja esse natural condicionamento do exercício das atividades econômicas – o que acaba por também afetar a liberdade de contratação – e da busca por desenvolvimento, isso não significa dizer que o núcleo desses direitos foi violado. O que acontece acaba sendo o oposto: consagra-se o princípio da subsidiariedade estatal, devendo este adotar posição coadjuvante, de forma a apenas auxiliar que as atividades econômicas floresçam, em vez de causar que definhem (Ferreira Filho, 2012).

Pelo princípio hermenêutico da unidade, a Constituição não deve ser interpretada em retalhos ou de forma sectarizada, mas como um todo orgânico e interdependente. Tal norte interpretativo tem relevância ao induzir a constatação de que a eventual análise de dado dispositivo não será feita com relação apenas a ele, mas levando em consideração todo o arcabouço constitucional existente. Nessa linha, de forma prática, quando a Constituição estabelece como fundamento do Estado pátrio a valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem-se uma perspectiva que dignifica a esfera privada e a respalda.

Corroborar-se com essa visão o fato de ter o constituinte originário estabelecido como direito fundamental a propriedade, sendo este um dos principais direitos dos quais decorrem os demais previstos no rol exemplificativo trazido pelo art. 5º da Carta Política (Mendes; Branco, 2020). Ademais, tanto a propriedade privada quanto a valorização do trabalho e da livre iniciativa foram elencados expressamente na lista de princípios da ordem econômica estabelecidos pelo art. 170, CF/88.

*Adotando essa mesma visão, no Código Civil de 2002, Reale (1975, p. 22-23) elabora: “[s]uperado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo”.

Em vista disso, é nítida a opção realizada, pelo constituinte, quanto ao sistema de produção capitalista: é que o capitalismo exige para sua existência a garantia expressa de propriedade privada, o que, não obstante, não se dá de forma plena em terras brasís, especialmente levando-se em consideração que a jurisprudência já há muito tempo pacificou não haver direito absoluto no ordenamento pátrio. Além disso, a própria disposição constitucional regente da ordem econômica, ao fixar os princípios que norteiam dita ordem, estabelece um finalismo à ordem econômica, qual seja, o atingimento da justiça social. Nessa linha expositiva, princípios como a função social da propriedade mitigam a liberdade do indivíduo em prol do coletivo, da sociedade, não obstante, permanece sendo resguardado o mínimo necessário à garantia da dignidade do súdito, no tocante à sua esfera privada, e, mais ainda, sendo restrita a intervenção estatal no âmbito privado.

Foi esse ideário que se tentou fortalecer com o advento da Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica, Lei n.º 13.874, de 2019. Seu art. 3º, V, nessa linha, estabelece uma presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, impondo que as dúvidas pertinentes à interpretação de atos regidos pelos direitos civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.

Parte-se, assim, de uma presunção de boa-fé dos particulares no exercício de atividades econômicas, primando pela livre iniciativa, fundamento do Estado brasileiro. Acompanhando a tendência, estabelece o art. 113, § 1º, Código Civil, com redação dada pela Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica, disposições interpretativas acerca do sentido atribuído a determinado negócio jurídico, definindo que:

[a] interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (Brasil, 2019).

Nota-se que a *lege* tratou de consolidar regra lógica: presume-se o ordinário e não o extraordinário. A ideia da inovação legislativa foi, justamente, colaborar com a manutenção dos negócios jurídicos, evitando a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, na autonomia da vontade e na liberdade de contratar, promovendo-se, sempre que possível, o negócio jurídico firmado e a vontade das partes inicialmente manifestada e, na mesma linha, protegendo um dos acordantes da eventual má-fé do outro.

Trazendo-se tal extrato jurídico para o objeto analisado por este estudo, é evidente que a manifestação atual do STJ, no sentido de manter os contratos quando comprovada a existência dos requisitos de formação, validade e eficácia destes, em especial respaldando a capacidade das partes, mesmo que dentre elas haja analfabeto ou idoso ou, ainda, indígena, se coaduna de forma plena com as imposições do ordenamento pátrio.

Ora, ao se observar as imposições trazidas pelo CDC, norma de fundo constitucional e natureza garantidora da isonomia material estabelecida como direito fundamental pelo art. 5º, evidencia-se não haver, expressamente, disposição que imponha a nulidade de plano dos contratos firmados com pessoas analfabetas ou, na mesma linha, que determine que tais contratos devam ser firmados utilizando-se de meio mais custoso, como a escritura pública.

Aliás, diga-se que a fundamentação rotineiramente utilizada, nas exordiais, para a tentativa de desconstituição desses contratos em juízo, o uso do arcabouço principiológico estabelecido pelo CDC, pode levar o magistrado a incorrer, caso acatado o pedido, em ato que ocasione

violação do dever de fundamentação exposto pela Constituição Federal e, atualmente, também previsto no Código de Processo Civil de 2015*.

Ademais, a própria razão de ser dos direitos fundamentais impõe ao Estado uma abstenção pertinente ao núcleo íntimo dos particulares. Deste modo, as liberdades devem ser as regras, enquanto que as penetrações do Estado nas esferas individuais devem ser exceções. Por isso, a primeira dimensão dos direitos fundamentais decorre da liberdade e a representa (Moraes, 2018). Todavia, a reflexão realizada no Recurso Especial objeto deste estudo não diz respeito à capacidade do agente e sim à manifestação da vontade expedida.

4.2 CONTRAPONTO AO *SIGNALING* DO STJ NO RESP N.º 1.907.394/MT

No Recurso n.º 1.907.394, Mato Grosso, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a compreensão exposta foi no sentido de primar à manifestação de vontade livre da pessoa analfabeta, afastando a exigência de formalismos não previstos em lei, como o firmamento do negócio por instrumento público, a se respaldar a plena capacidade desses indivíduos e a liberdade de contratar. E tal respaldo pode, em decorrência da similitude entre os contextos, ser evidentemente expandido aos idosos e aos indígenas. Não obstante, tanto da ementa quanto do voto vencedor colhem-se observações que parecem apontar para uma posterior modificação do paradigma jurisprudencial, a se flexibilizar a solidez dos contratos firmados, em decorrência dos fundamentos expostos pela relatora.

Evidenciando a pauta sensível, em decorrência dos impactos socioeconômicos da decisão, a relatora ressaltou a vulnerabilidade inerente ao analfabeto, em decorrência do desamparo informacional que essa condição ocasiona, havendo inclusive violação ao direito de informação estabelecido pelo CDC (art. 4º, IV, c/c art. 6º, III, 46 e 54, § 3º, CDC) (Brasil, 1990). Reforça-se esta dita posição com a existência do Projeto de Lei (doravante PLS) n.º 283/2012, que, à época do julgado, tramitava na Câmara dos Deputados**, o qual revelava o interesse legislativo em regulamentar as questões pertinentes à concessão de crédito e à prevenção do superendividamento.

Ainda, embora em seu voto, no REsp n.º 1.907.394, a Ministra reconheça que, ausente formalismo específico previsto em lei, a manifestação de vontade é livre, consignando que “os contratos firmados por pessoas analfabetas seguem a regra geral da liberdade das formas, de modo que independem da celebração de escritura pública, exceto se esta for exigida por lei” (Brasil, 2021, p. 16), instaura o debate acerca da validade do consentimento para o firmamento da avença, apontando que a disciplina dos vícios de consentimento pode ser invocada pelo analfabeto – e, por consequência, por outras figuras cujo conhecimento acerca dos termos da avença possa restar comprometido, como idosos e indígenas, “com vistas à invalidação de um negócio jurídico por si firmado quando, a despeito da observância da forma prescrita na lei, se verificar que o ajuste não corresponde à vontade que intimamente elaborou” (Brasil, 2021, p. 20).

A reflexão da relatora aponta para a oportunidade do reconhecimento dos vícios de consentimento tanto quando a ausência de compreensão daquilo que se está a firmar decorre das condições pessoais do consumidor, quanto quando essa ausência é ensejada pelo dolo de terceiro, exigida a demonstração da ocorrência da falsa percepção da realidade ou o desconhecimento dos termos do avençado.

Ocorre que, embora evidente a boa intenção, a posição esbarra nas dificuldades inerentes à instrução probatória que deve permear uma ação que discuta essa matéria. Ora, seria

*Conforme Streck, tem-se, em casos assim, a figura do pan-principiologismo. Segundo o autor (Streck, 2012, n.p), “venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade [...]”. Ou seja, incide dita figura nos casos em que o julgador se furta de julgar de forma fundamentada, ou, pior ainda, quando este atua usando dos princípios para “abrir” uma dada e possível interpretação, quando o caminho deveria ser exatamente o oposto” (Couto; Silva, 2016, p. 9).

**Referido projeto restou, eventualmente, convertido na Lei n.º 14.181 de 01/07/2021.

bastante complexo comprovar que houve vício na manifestação de vontade exarada pelo consumidor idoso em decorrência de sua hipervulnerabilidade.

Além disso, a adoção de perspectivas paternalistas e de tutela excessivamente ampla, além de ocasionarem retração econômica – o mercado se torna instável quando não se vê viabilidade ao livre avançamento –, acaba por destituir o consumidor de acesso ao crédito. Ora, quanto mais entraves forem estabelecidos pela jurisprudência ao reconhecimento da higidez dessa modalidade contratual, menos as instituições financeiras viabilizarão o acesso ao crédito em favor desses grupos vulneráveis, o que torna a economia estagnada e destitui os indivíduos de seu poder de compra. Isso sem mencionar a possibilidade ampla do uso abusivo desse mecanismo para a anulação de avançamentos judicialmente, contribuindo para a hiperjudicialização que já se contempla atualmente.

Desta maneira, embora certamente bem intencionada a proposta, a criação de regras exóticas e sem previsão legal pela jurisprudência, além do estabelecimento de parâmetros que onerem excessivamente um dos polos da ação – como estabelecer o dever de se comprovar, judicialmente, que a vontade do consumidor hipervulnerável, idoso, indígena ou analfabeto, foi hígida, para além do regramento já aplicável pela Corte Cidadã de forma analógica – pode acabar por prejudicar quem se busca tutelar, gerando o que popularmente se chama “efeito dominó” em diversos outros setores da sociedade. Não só, ter-se-ia inegável intervencionismo estatal, com um paternalismo que prejudicaria o consumidor mais do que o ajudaria, além de inviabilizar o exercício pleno da autonomia da vontade, em ampla desatenção à tessitura da ordem constitucional econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pátrio tem visto tonificada tutela de grupos vulneráveis por meio de interpretações jurisprudenciais. A manifestação da vontade, considerando isso, tem sido analisada com muita cautela nos contratos firmados por idoso junto à instituição financeira, para fins de contração de mútuo.

Os tribunais têm estabelecido como solenidade necessária ao firmamento válido de mútuo a observância do art. 595, CC/02, a fim de se consolidar uma presunção de compreensão – pelo mutuário – dos termos do empréstimo.

Ocorre que, em 2021, houve, no STJ, aparente *signaling*, a apontar que a questão pode ser reinterpretada, passando o Poder Judiciário a avaliar a integridade de uma manifestação de vontade feita com o fito de perfectibilizar um acordo. A medida, não obstante certamente oriunda das melhores intenções, pode acabar por apenas prejudicar os grupos hipervulneráveis. É que, surgindo cada vez mais elementos não previstos em lei a serem exigidos pela jurisprudência como necessários à validade de avançamentos estabelecidos entre instituições financeiras e indivíduos hipervulneráveis, é nítida a possibilidade de que haja posterior limitação do crédito concedido a essas pessoas, sendo impostos entraves à oferta de crédito justamente pela dificuldade que surge para os bancos no sentido de manter os pactos que firmaram com os mutuários.

Nessa mesma linha, diminuindo-se o acesso ao crédito, também se tem uma diminuição no consumo, desaquecendo-se a economia, por consequência. Além disso, a criação de um novo elemento necessário à validade da contratação de empréstimo por hipervulneráveis – para além do parâmetro objetivo do art. 595, CC/02, que traz uma presunção de ciência do teor da contratação pelo contratante analfabeto, em razão da assinatura a rogo –, exigindo-se que seja comprovada a efetiva ciência do consumidor acerca dos termos do contrato.

Frise-se, admitir tal contexto, pode, inclusive, redundar na imposição de prova diabólica em eventual questionamento judicial, a ser produzida pela instituição financeira – mutuante, considerando a dificuldade de se comprovar a compreensão de alguém acerca de determinada

matéria, ensejaria entrave ilegítimo à liberdade econômica, configurando verdadeiro intervencionismo estatal indevido, com a inovação do ordenamento pelo Poder Judiciário, em desatenção à necessidade de lei para tanto. No ponto, tem-se, decorrente da sugestão, mais que um esmiuçamento da previsão legal, mas, verdadeiramente, a criação de nova regra cogente a ser observada no âmbito particular, atribuição que não compete ao Judiciário.

Em razão disso, a proposta de análise, em cada caso, acerca da ciência efetiva do analfabeto quanto aos termos do empréstimo, mesmo quando observada a previsão do art. 595, CC/02, aplicada pela Corte Cidadã às hipóteses de contratação de mútuo, parece inviável e prejudicial, não apenas em razão das dificuldades práticas de sua implementação, como também em virtude da imposição de risco excessivo à instituição financeira, condicionamento do pleno exercício da autonomia da vontade pela pessoa analfabeta e paternalismo estatal que configura intervenção indevida na ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação legislativa**. Brasília, v. 23, n. 92, p. 221-240, out./dez. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496824>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 7 nov. 2023.

_____. CÓDIGO CIVIL DE 2002. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 5 dez. 2023.

_____. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2023.

_____. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

_____. REALE, Miguel. Mensagem n.º 160, de 10 de junho de 1975. In: **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.907.394, Mato Grosso**. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 04 mai. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002059083&dt_publicacao=10/05/2021>. Acesso em: 9 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.868.099, Ceará**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 15. dez. 2020. Disponível em: <<https://>

scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000694220&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus Impactos no Regime Jurídico do Contrato de Direito Comum. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 5, n.º 6 p. 1549-1566, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1549_1566.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Seção de Direito Privado do TJ-CE. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0630366-67.2019.8.06.0000**. Relator Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante. Fortaleza, 21 set. 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3326914&cdForo=0>>. Acesso em: 19 nov. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**, Volume 3. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CORRÊA, Ceres Fernanda; GOMES, Eduardo Biacchi. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável: Uma análise a partir do caso das papeleras. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 48, n. 189, p. 177-187, jan/mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242869>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Jonathan Eugênio Leite da. Decisão judicial, o papel dos princípios e o[s perigos do] pan-principiologismo. In: **Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo: FEPODI, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/z3071234/p8a0lhk1/PmCeEpVbm6mhB74O.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume I. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Tribunal Pleno. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 053983/2016**. Relator Desembargador Jaime Ferreira de Araújo. São Luís, 12 set. 2018. Disponível em: <https://www3.tjma.jus.br/diario/diarios/diario_09102018_105626_184.pdf.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0016553-79.2019.8.17.9000**. Relator Desembargador Fernando Eduardo Ferreira. Recife, 08 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/nugep/banco-de-iridr/julgados/-/asset_publisher/ycFvOoAr1XZ2/content/tema-n-05-iridr-condicionamento-da-validade-do-negocio-juridico-de-emprestimo-bancario-a-pessoa-analfabeta-a-observancia-de-formalidade-essencial-para-?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_assetEntryId=3357189&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_redirect=https%3A%2F%2Fportal.tjpe.jus.br%2Fweb%2Fvice-presidencia%2Fnugep%2Fbanco-de-iridr%2Fjulgados%3Fp_p_id%3D-com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_assetEntryId%3D3357189%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_cur%3D0%26p_r_p_resetCur%3Dfalse>. Acesso em: 4 jan. 2024.

PIAUI. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Tribunal Pleno. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0759842-91.2020.8.18.0000**. Relator Desembargador Haroldo Oliveira Rehem. Teresina, admissibilidade em 15 mar. 2021. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/nugep/precedentes/iridr/>>. Acesso em: 19 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 144, s. n., jun. 2012. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145/1583>>. Acesso em: 1 jan. 2024.