

SUPERENDIVIDAMENTO E MÍNIMO EXISTENCIAL: TEORIA DO *RESTE À VIVRE*

OVERINDEBTEDNESS AND EXISTENCIAL MINIMUM: RESTE À VIVRE'S THEORY

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

Pós-doutorado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN).
Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA).
Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás – UFG. Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) pelo Biênio 2018-2020.
dfcarvalho01@hotmail.com

FREDERICO OLIVEIRA SILVA

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás
fredericooliveirasilva@hotmail.com.

Recebido em: 25.06.2018 (a convite da coordenação).

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Consumidor

RESUMO: Superendividamento, segundo a tradição francesa, é a incapacidade do devedor, pessoa física de boa-fé, de adimplir com o conjunto de suas dívidas não profissionais, vencidas ou a vencer. Seu tratamento, para a doutrina, enquadra-se na garantia de defesa do consumidor, que, no Brasil, é direito fundamental (para além de direito humano). Assim, a proteção do consumidor superendividado é um dever estatal derivado da própria dignidade da pessoa humana e enquadra-se no conceito de mínimo existencial (núcleo mínimo de garantias para uma vida digna). Dessa forma, o superendividamento, ao passo em que retira seu fundamento axiológico

ABSTRACT: Overindebtedness, according to the French tradition, is the inability of the individual debtor in good faith to bear the expense within the set of his non-professional debts, overdue or due to be. Its treatment, for doctrine, falls within the consumer's protection guarantee, which, in Brazil, is a fundamental right (beyond human right). Thus, the protection of the overindebted consumer is a State's duty derived from the dignity of the human person and fits in the concept of existential minimum (minimum core of guarantees for a dignified life). Hence, the overindebtedness, while taking its axiological foundation from the existential minimum, also

do mínimo existencial, também garante a manutenção deste por meio da teoria do *reste à vivre*, entendida como a renda mínima do consumidor descomprometida com o pagamento de dívidas para a satisfação de suas necessidades básicas e as de sua família.

PALAVRAS-CHAVE: Superendividamento – Mínimo existencial – *Reste à vivre* – Reserva do possível.

guarantees its maintenance through the *reste à vivre*'s theory, understood as the consumer's minimum income uncommitted with the payment of his debts in order to allow the satisfaction of his basic needs and those of his family.

KEYWORDS: Overindebtedness – Existential minimum – *Reste à vivre* – Reservation of the possible.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O microsistema jurídico do direito do consumidor. 2.1. Inserção constitucional. 3. Doutrina do superendividamento. 3.1. Classificações. 3.2. Instituto do *reste à vivre*. 4. Teoria do mínimo existencial. 4.1. Parâmetros constitucionais. 4.2. Alcance: direitos fundamentais vs direitos sociais. 4.3. Limites: reserva do possível e custo dos direitos. 5. Proteção do superendividado como manutenção do mínimo existencial. 5.1. Piso vital e mínimo existencial: correlação. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Il ne s'agit pas de sataniser le capitalisme artiste et le monde de la consommation: en tant que système générateur d'émancipation individuelle et pourvoyeur de plaisirs sans cesse divers et nouveaux, ses mérites esthétiques sont tout sauf secondaires. Et quel autre système est capable d'assurer le bien-être aux milliards d'individus sur la planète? La vie esthétisée à construire ne peut consister dans une sortie utopique du système consumériste: une telle perspective radicale n'est ni crédible ni souhaitable. Un autre but est à poursuivre qui, pour n'être pas proprement révolutionnaire, n'en constitue pas moins une tâche quasi herculéenne si l'on prend acte de la puissance hyperbolique du processus de marchandisation des modes de vie: à savoir, alléger le poids de la consommation dans les existences, la décentrer, offrir de nouvelles perspectives de vie plus qualitative. La consommation est bonne comme moyen, détestable comme fin. En ce sens, le souhaitable tient dans l'invention ou le renforcement de tous les dispositifs qui peuvent permettre aux hommes de goûter davantage les plaisirs non marchands et surtout, sans pour autant faire le deuil des satisfactions de la civilisation du bien-être, de vivre pour autre chose que les achats et les logos.¹

1. LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *L'Esthétisation du Monde: Vivre à l'Âge du Capitalisme Artiste*. Paris: Gallimard, 2013. p. 434.

1. INTRODUÇÃO

O direito à defesa do consumidor, no Brasil, é erigido como categoria de direito fundamental. Parte da doutrina, para além disso, classifica-o também como direito humano.

Logo, ele é alcançado pela teoria do mínimo existencial, segundo a qual há um conjunto substancial de garantias que o Estado deve proporcionar ao cidadão para que este usufrua de uma qualidade de vida condigna à condição de ser humano, garantias estas advindas da mínima manifestação possível dos direitos fundamentais (nestes incluídos os sociais).

Entre as garantias do direito à defesa do consumidor, a doutrina inclui o tratamento do superendividamento. Embora não abordado na legislação brasileira, os consumeristas pátrios, valendo-se da teoria francesa (modelo da recuperação pessoal), considera como superendividado o consumidor pessoa física de boa-fé que não consegue adimplir o conjunto (total) de suas dívidas de origem não profissional, vencidas ou a vencer.

Nessa toada, o presente artigo detalhará duas teses: I) a de que o tratamento do superendividamento integra o direito fundamental (e humano) à defesa do consumidor; II) a de que a teoria do *reste à vivre*, eixo axiológico da doutrina do superendividamento, é uma forma de promoção do próprio conceito de mínimo existencial.

2. O MICROSSISTEMA JURÍDICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A doutrina classifica o Direito do Consumidor como um “microsistema jurídico”, denotando suas características de autonomia e independência em relação aos demais ramos do Direito². Outras disciplinas, como o Direito Ambiental, e até mesmo outros diplomas, como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), são comumente celebrados sob a mesma alcunha.

A inspiração para tanto foi a obra do jurista italiano Natalino Irti, cujo livro, *L'età della decodificazione*, demonstrou que as codificações do século XX já não pretendiam abordar todos as áreas do Direito, mas normas específicas, com tratamento especial e pormenorizado em verdadeiros sistemas normativos. A isso o doutrinador denominou “descodificação”, em referência ao “abandono” do Código Civil, que antes centralizava a legislação privada.³

2. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 45-48.

3. BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 61.

O Direito do Consumidor, então, é um recorte especializado do Direito. Contudo, tendo em vista a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (segundo a qual a fundamentalidade dos direitos é oponível não apenas ao Estado, que possui relação de verticalidade com os cidadãos, mas também às relações privadas, entre particulares), a autonomia do microsistema consumerista tem por parâmetros as disposições constitucionais.⁴

O fundamento constitucional e a sede legislativa do Direito do Consumidor brasileiro residem no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 (CF), e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), anexo ao mesmo Diploma, que consubstanciam, respectivamente, a promoção da defesa do consumidor, pelo Estado, como um direito fundamental, e a determinação de que o Congresso Nacional elabore um código de defesa do consumidor.

Os dispositivos se complementam, pois, o primeiro encerra uma norma constitucional de eficácia limitada, à qual o segundo assegura regulamentação, o que ocorreu por meio da edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O Código Consumerista, assim, é norma constitucional material, tanto por seu objeto (direito fundamental de defesa do consumidor), quanto pela delegação diretamente advinda da Carta Magna (princípio da unidade da Constituição).⁵ Logo, o CDC é dotado de cogência e imperatividade, abrangendo normas de ordem pública, com orientação principiológica e cláusulas abertas, de redação abstrata⁶.

2.1. *Inserção constitucional*

A proteção do consumidor pela CF é bivalente – é direito fundamental e também princípio da ordem econômica. Topograficamente, o instituto se encontra no Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) do Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) da Carta Magna, especificamente em seu artigo 5º, inciso XXXII.

4. NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

5. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 56-60; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40-41.

6. FILOMENO, José Geraldo Brito. A Experiência Brasileira: o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. III, n. 11, set. 2013. p. 15-17; NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

Logo, sua colocação no rol de direitos fundamentais permite subsumir que também os particulares (fornecedores e consumidores), e não apenas o Estado, são alcançados pela premissa (constitucionalmente implícita e infraconstitucionalmente explícita) de que a relação de consumo é marcada por um desequilíbrio de forças, em desfavor do consumidor, que, portanto, deve ser especialmente tutelado.⁷

A segunda forma de manifestação constitucional pela defesa do consumidor é seu enquadramento entre os princípios fundamentais da ordem econômica (artigo 170, inciso V, da Constituição de 1988). Com efeito, a tutela do consumidor assume caráter interventivo e promocional, determinando o sentido e conformando o alcance e a aplicação das normas regulamentadoras da ordem econômica.⁸

3. DOCTRINA DO SUPERENDIVIDAMENTO

Dentro do microsistema do Direito do Consumidor encontra-se a doutrina do superendividamento, vocábulo deveras elucidativo. Afinal, o instituto que ele nomeia se ocupa do endividamento em excesso, a conotar uma dívida que ultrapassa as forças de pagamento do devedor.⁹

Contudo, não há conceito unânime sobre o superendividamento, cuja caracterização muitas vezes é delimitada pela legislação dos diversos países. Ainda assim, a doutrina identifica um núcleo comum ao instituto: “a impossibilidade do devedor de pagar todas as suas dívidas, atuais e futuras, com seu patrimônio e seu rendimento”.¹⁰

Além disso, há premissas (fontes materiais) para o “direito do superendividamento”, quais sejam: 1) a boa-fé subjetiva do consumidor (dívidas não profissionais); 2) um planejamento, diferido no tempo, para pagamento de todas

7. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 48-56;

CARVALHO, Diógenes Faria de. *Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2011. p. 69.

8. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 55-56.

9. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. In: *Biblioteca de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 20. p. 106.

10. LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 34.

as dívidas do consumidor (exceto “dívidas fiscais, de alimentos, oriundas de delitos etc.”), possibilitando sua recuperação extrajudicial; 3) a identificação das condições em que se deu a oferta de crédito (de forma responsável ou abusiva).¹¹

Em síntese, o superendividamento é a teoria da recuperação (extra)judicial das pessoas físicas em estado de insolvência.

No Brasil, não há tratamento legislativo da matéria, o que, contudo, não torna o país imune aos efeitos do fenômeno, tendo restado, até o momento, à doutrina, ao Poder Executivo (Procons, por exemplo) e à jurisprudência a sua instrumentalização.

3.1. Classificações

O superendividamento, na tradição europeia, é diferenciado em ativo e passivo. A primeira classificação refere-se ao endividamento advindo do consumo excessivo e deliberado. A segunda forma, por sua vez, remonta às situações extraordinárias ou imprevisíveis, para as quais o devedor não concorre deliberadamente, mas que o levam ao consumo para além de sua capacidade de pagamento (doenças, desastres naturais, desemprego etc.).

Não obstante, em qualquer caso se exige a boa-fé do devedor, ou seja, o consumo com a expectativa de efetivo pagamento, e não com o objetivo de fraudar os credores. Em relação ao superendividamento ativo, é imprescindível a demonstração da ausência de dolo, ou seja, do elemento anímico da inadimplência premeditada.¹²

3.2. Instituto do *reste à vivre*

Como adiantado, não há, no Brasil, uma política institucionalizada para tratamento do superendividamento. Ainda assim, há o reconhecimento do fenômeno pela doutrina e por movimentos de defesa do consumidor, que se inspiram

11. MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 39.

12. LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 34-35; NETO, André Perin Schimdt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, jul./set. 2009. p. 19-20.

em experiências e diplomas legislativos estrangeiros para identificar mecanismos para enfrentamento do tema no país.

Nacionalmente, o modelo adotado, de forma majoritária, é o francês (do “reestabelecimento pessoal”), que tem por fundamento axiológico, para além da dignidade da pessoa humana, o instituto do *reste à vivre* (piso vital).

Com efeito, na França, a caracterização da situação de superendividamento é realizada pelo artigo L711-1 do *Code de la Consommation*, que erige cinco critérios: 1) restrição a pessoas físicas; 2) boa-fé do consumidor na contração das dívidas; 3) incapacidade do consumidor de quitar o conjunto de suas dívidas; 4) natureza não profissional das dívidas; 5) consideração das dívidas vencidas e vincendas¹³.

Ademais, o dispositivo assegura que:

Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur estimée à la date du dépôt du dossier de surendettement est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non-professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement.

L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement.¹⁴

Bastante evoluído, o modelo francês possui três ordens de tutela do consumidor de crédito¹⁵: 1) limitações à concessão de crédito (com um *délai de réflexion* alargado, com a ligação entre o contrato principal de consumo e o contrato de crédito e com a limitação das garantias pessoais); 2) prevenção do superendividamento (por meio de um fichário nacional sobre incidentes de pagamento); 3) tratamento do superendividamento.

Para o tratamento em si do fenômeno, o consumidor que se enquadre na descrição legal pode pleitear à comissões de superendividamento (administrativas)

13. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. In: *Biblioteca de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 20. p. 116.

14. FRANÇA. *Code de la consommation, du 26 juillet 1993*. Versão consolidada em 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: [goo.gl/GnSRM9]. Acesso em: 16.02.2018.

15. Cf. CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. O (Super)Endividamento num Diálogo Franco-Brasileiro. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2015. p. 39-88.

um plano de recuperação, com a renegociação global das dívidas com todos os credores (em uma espécie de assembleia). Se homologado judicialmente, o plano adquire caráter executivo. Em casos extremos (endividamento irreversível), após a liquidação do patrimônio do consumidor superendividado, é possível a concessão do restabelecimento pessoal (falência da pessoa física) por decisão judicial.

Todas as medidas orbitam em torno do instituto do *reste à vivre* (mínimo vital), que consiste na menor parcela da renda do consumidor-devedor que não esteja comprometida com o plano de recuperação, possibilitando que ele satisfaça as suas necessidades básicas e as de sua família.

Inclusive, como antecipa o artigo L711-1, anteriormente transcrito, o *Code de la Consommation* busca proteger o imóvel residencial do consumidor superendividado do plano de recuperação de dívidas. Para tanto, permite, de plano, que o consumidor que se enquadre na descrição legal, mesmo possuindo um imóvel residencial de valor igual ou superior ao conjunto de seus débitos, pleiteie os benefícios da recuperação das pessoas físicas.

Isso leva à conclusão de que, no ordenamento francês, o instituto do *reste à vivre* inclui, explicitamente, o direito à moradia.

4. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é uma doutrina de origem germânica, tendo como objeto de estudo, ao influxo de sua própria nomenclatura, o núcleo mínimo de condições para uma vida condigna à condição do ser humano. Adverte a doutrina que não há um conteúdo específico para o mínimo existencial.

Ao contrário, todo direito é potencialmente defensável pela teoria em comento, desde que “considerado em sua dimensão essencial e inalienável”.¹⁶ Trata-se do caráter histórico do mínimo existencial, entendido como a possibilidade de alteração de seu conteúdo conforme a evolução das necessidades da sociedade. Vale dizer, todo direito, ainda que inicialmente não fundamental, pode vir a sê-lo na medida em que se torne imprescindível para determinado contexto sócio-histórico.

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui

16. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989. p. 29.

direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social. Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.¹⁷

Como direito público subjetivo, o mínimo existencial é potestativo. Com isso se está a afirmar que, ao se enquadrar determinada prestação jurídica (de cunho constitucional) no núcleo do mínimo existencial, a ela é reconhecido um caráter negativo (proteção contra a intervenção estatal) e um caráter positivo (exigibilidade de prestações concretas por parte do Estado).

Ademais, em complemento da historicidade, o mínimo existencial é protegido pela cláusula da proibição do retrocesso, entendida como a impossibilidade de medidas estatais que restrinjam ou extingam direitos já consagrados pelo ordenamento (efeito *cliquet*).

Assumida como correta a premissa de que um Estado Democrático (e Social) de Direito tem como tarefa assegurar a todos uma existência digna (pelo menos é o que deflui do art. 170, *caput*, da nossa CF), coloca-se o problema de saber até que ponto pode este mesmo Estado, por meio de reformas na esfera da segurança social, suprimir prestações (benefícios) ou piorar os níveis de proteção social atingidos, ainda mais se com isso acabar ficando aquém do assim designado mínimo existencial e, portanto, daquilo que exige o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸

Com efeito, o mínimo existencial, para a doutrina, busca assegurar as condições iniciais de igualdade¹⁹, necessárias para o exercício das prerrogativas constitucionais. Em outros termos: é cláusula implícita em qualquer ordenamento que garanta direitos a seus cidadãos, pois é requisito para que tais direitos possam ser exercidos e exigidos, sem interferência estatal.

17. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 32-33, jul./set. 1989.

18. SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73..

19. WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p. 197-210, junho/2013. Disponível em: [ref.scielo.org/d9h4xs]. Acesso em: 17.01.2018.

4.1. Parâmetros constitucionais

Como dito, não há um conteúdo fixo do mínimo existencial, que varia conforme as necessidades sociais, mas sempre de forma acumulativa, com vedação ao retrocesso das garantias já asseguradas. Não obstante, a doutrina²⁰ aponta os princípios (ou cláusulas) da CF que parametrizam a incidência do mínimo existencial no Brasil. A seguir, serão destacados os principais deles, para fins de delimitação do âmbito de incidência da teoria em comento:

A) Princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF): entendido como justiça social ou garantia de condições materiais mínimas para o exercício dos direitos fundamentais (e sociais). Vincula-se à noção de igualdade material (justiça distributiva);

B) Princípio do Estado Democrático e Social de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF): pressupõe a atuação do Estado para a promoção de prestações mínimas, eleitas constitucionalmente (direitos fundamentais e sociais) como seus objetivos.

A doutrina aponta que a razão de ser do Estado Democrático e Social de Direito é garantir, mediante atividades programadas, o bem-estar social ou a democracia plena, ao contrário de seu antecessor, o Estado Liberal, que deixava os cidadãos à mercê do não intervencionismo (status negativo) e da igualdade formal. Logo, a omissão do Estado na prestação ou a prestação incompleta de direitos (fundamentais ou sociais) assegurados constitucionalmente equivaleria à sua própria negação, à sua dissolução;

C) Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF): opera, lado a lado com o mínimo existencial, como escudo contra medidas restritivas de direitos fundamentais (e sociais). Confere uma perspectiva qualitativa ao mínimo existencial, na medida em que qualifica o seu conteúdo como as prestações imprescindíveis à vida condigna à condição do ser humano;

D) Princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, da CF): segundo a doutrina, ao afirmar que “as normas

20. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 31-34, jul./set. 1989; SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88-93; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97-104.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a CF impinge ao poder público o dever de preencher eventuais lacunas na promoção dos direitos fundamentais (e sociais). Dessa feita, pode-se depreender que não há espaço para uma atuação incompleta ou para omissões do Estado;

E) Princípio da proteção da confiança: equivale à vinculação dos órgãos estatais às determinações constitucionais e também aos atos por eles já praticados (*venire contra factum proprium*). Está umbilicalmente relacionado à segurança jurídica, a significar que os cidadãos possuem certa expectativa de “determinado nível de estabilidade e continuidade da ordem jurídico-objetiva, assim como dos direitos subjetivos atribuídos às pessoas”;²¹

F) Princípio da proibição do retrocesso: como antecipado, entende que não é possível reduzir ou extinguir direitos fundamentais (e sociais) já consagrados pela ordem jurídica, devendo o Estado assegurar prestações materiais de forma cumulativa, na medida em que surgirem as necessidades sociais (historicidade).

Finalmente, cumpre rememorar que todos os princípios devem ser lidos sob a ótica da fundamentalidade das prestações (mais uma vez: as prestações materiais básicas para a existência digna, e não apenas para a sobrevivência; ideia de piso e não de teto)²².

4.2. Alcance: direitos fundamentais vs direitos sociais

Existe uma divergência doutrinária sobre o alcance da teoria do mínimo existencial. Há consenso de que os direitos fundamentais são acobertados pelo instituto, mas o mesmo não pode se dizer sobre os direitos sociais.

De início, cumpre estabelecer as definições terminológicas a que este artigo se filia. Os direitos fundamentais seriam aqueles reconhecidos internamente pela Constituição (ordenamento constitucional) de determinado Estado, comportando uma dimensão negativa (proteção contra a intervenção Estatal; liberdade) e uma dimensão positiva (exigibilidade de prestações materiais; igualdade).

21. SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

22. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

Eles se diferenciam dos direitos humanos, na medida em que esses são reconhecidos pelo ordenamento positivo internacional a qualquer pessoa, independentemente de seu vínculo a algum Estado (cidadania)²³.

Já os direitos sociais, embora também reconhecidos por certa Constituição, seriam classicamente entendidos como programáticos, penderes de regulamentação e desprovidos de uma dimensão negativa.²⁴

No Brasil, a diferenciação também é alimentada pela distribuição topográfica da CF: o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) subdivide-se nos capítulos I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), II (“Dos Direitos Sociais”) e outros. Contudo, apenas ao primeiro capítulo é expressamente assegurado o princípio da máxima efetividade, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, § 1º, CF).

De tal sorte, muitos autores compreendem que os direitos fundamentais e sociais não se sobrepõem, e que estes, ao contrário daqueles, não se vinculam à noção de mínimo existencial. Por todos:

Estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 62 e 72), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial.²⁵

Há autores, todavia, que entendem que os direitos sociais abrangem também o acesso às prestações materiais (dimensão positiva), sendo direitos públicos subjetivos, no que se assemelhariam aos direitos fundamentais. Assim, embora não possam ser subsumidos à doutrina do mínimo existencial (porque

23. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10-11.

24. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13-16.

25. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 33-34, jul./set. 1989..

carecem, no ordenamento brasileiro, do princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais), eles seriam protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Essa corrente ainda se refere aos direitos sociais previstos constitucionalmente como “direitos fundamentais sociais”, mas apenas em referência à sua fonte formal, e não às suas fontes materiais (essencialidade dos direitos):

Com efeito, embora o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais não possa, no nosso sentir, ser identificado (pelo menos em toda a extensão) com o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e nem com a noção de um mínimo existencial, ambas as categorias (dignidade e mínimo existencial) têm sido habitualmente invocadas também na esfera da proibição de retrocesso, designadamente como parâmetro material para controlar a legitimidade constitucional de medidas que tenham por escopo a supressão ou a redução de direitos sociais.²⁶

Por outro lado, principalmente no que tange às políticas públicas, há muitos autores que enquadram os direitos sociais plenamente no campo de incidência da teoria do mínimo existencial, invocando o princípio do Estado Democrático e Social de Direito:

Há consenso doutrinário [?] de que os direitos sociais gravados na Constituição constituem o *piso vital mínimo* para a sobrevivência de cada pessoa. O não exercício de um desses direitos representa uma lacuna na plenitude do gozo dos direitos humanos fundamentais. A impossibilidade de usufruir-se qualquer desses direitos resulta na não completude do ser humano. Não havendo a oferta e o exercício desses direitos, não se opera a proteção integral prometida no texto legal. Sendo esse direito garantido na Constituição, mas não colocado à disposição do cidadão ou colocado de forma indevida ou precária, incide a omissão do Estado.²⁷

No mesmo sentido,

O entendimento dos direitos sociais econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos

26. SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

27. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100. Grifos do autor.

direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma “reserva possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos “recursos econômicos” a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos.²⁸

Em relação ao tema defendido neste artigo (o tratamento e a prevenção do superendividamento ativo e passivo), a distinção entre direitos humanos, fundamentais, sociais ou fundamentais sociais não adquire grande relevância teórica, pois o direito à defesa do consumidor (do qual que decorre a doutrina do superendividamento) é expressamente categorizado como fundamental (e, como visto, não há questionamento sobre a aplicação do mínimo existencial a esse grupo de direitos).

Contudo, na prática, é importante realizar a distinção, porque o mínimo existencial ecoa no instituto do *reste à vivre*, fonte axiológica do modelo do reestabelecimento pessoal (francês) para tratamento do superendividamento, que, como dito, é alternativa majoritariamente aceita para a internalização do tema no Brasil.

Com tais esclarecimentos, cumpre voltar esforços para a análise de uma cláusula com potencial de dirimir a incidência do mínimo existencial.

4.3. Limites: reserva do possível e custo dos direitos

A reserva do possível é a alegação, pela Administração Pública, de insuficiência de recursos financeiros para a execução de determinada política pública.²⁹ De origem alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), trata-se de uma contingência material (impossibilidade orçamentária) para a consecução de todos os encargos do Estado.³⁰

28. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 448.

29. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2009. p. 123.

30. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 118.

O tema é afeto à discussão sobre os custos dos direitos. Classicamente, entendia-se que os direitos negativos (de primeira geração, relacionados à liberdade) não gerariam gastos para os cofres públicos, pois tudo o que exigiram seria a abstenção do poder público do campo decisório exclusivo dos particulares. Por outro lado, os direitos positivos (de segunda geração, relacionados à igualdade) demandariam recursos financeiros do Estado, pois representam prestações materiais exigíveis da Administração Pública.

Contudo, modernamente pode-se afirmar que tal dicotomia foi superada, pois quaisquer direitos assegurados ao cidadão diante do Estado, ainda que de proteção (limitação da atuação do poder público), dependem de financiamento pela sociedade. Afinal, a própria existência do Estado (com sua estrutura física e seus agentes) necessita de recursos monetários, o mesmo valendo para o exercício de funções tipicamente voltadas para a defesa dos direitos de liberdade (primeira geração) dos cidadãos, a exemplo do direito de propriedade, que, quando ameaçado, depende da polícia judiciária.³¹

Logo, reconhecendo-se que quaisquer atuações estatais demandam financiamento, tem-se que a cláusula da reserva do possível poderia ser alegada indiscriminadamente pela Administração Pública. Contudo, abaliza a doutrina que os direitos fundamentais (neste ponto, já incluídos os sociais) são

[...] intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez [os direitos e garantias individuais são cláusula pétrea, a teor do artigo 60, § 4º, IV, da CF], o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los [por conta do mínimo existencial] ou a aboli-los [por conta da caracterização como cláusula pétrea].³²

Assim, não basta a alegação genérica da reserva do possível para liberar a Administração Pública de seus encargos. Antes disso, opera-se uma inversão dinâmica do ônus da prova (artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, e artigo 6º, inciso VIII, do CDC), que obriga o poder público a demonstrar a efetiva ausência de recursos financeiros.³³

31. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

32. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117.

33. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2009. p. 123.

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.³⁴

Nesse diapasão, a cláusula da reserva do possível, quando invocada pelo Estado, incide como limite à discricionariedade administrativa para fins de implementação de uma “política de definição de prioridades”³⁵. Vale dizer, reconhecendo a escassez de recursos para a consecução de todas as suas finalidades, deve o Estado privilegiar justamente a manutenção do mínimo existencial de seus cidadãos.

5. PROTEÇÃO DO SUPERENDIVIDADO COMO MANUTENÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O Direito do Consumidor, nele inserida a teoria do superendividamento, é, no Brasil, um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da CF). Para além disso, ele é também um direito humano, que se sustenta na imprescindibilidade

34. STF. *ADPF 45 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29.04.2004. Publicação no DJU em: 04.05.2004. Disponível em: [goo.gl/YUVvLo]. Acesso em: 13.02.2018.

35. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120.

do consumo³⁶. Tal asserção deve ser lida com bastante cautela. Não se está a afirmar que o consumo de quaisquer bens seja um direito humano (itens supérfluos, por exemplo, são logicamente excluídos da tese).

Mas, certamente, o consumo de bens essenciais (comida, água, vestuário básico, medicamentos, moradia, transporte, entre outros) é, modernamente, um direito da humanidade, pois é a forma mais comum³⁷ de acesso aos direitos integrantes de um piso vital (e, conseqüentemente, do mínimo existencial).

Neste campo adentra-se no debate da politização e da despolitização do tema do consumo, porquanto emerge como variável de valoração do cidadão, ou ainda, revela a denominada exclusão social. É a emergência do sujeito consumidor, que terá seu reconhecimento de cidadão respeitado quanto maior for sua capacidade de consumo. Neste sentido a corrida que se acelera a cada dia produziu não uma sociedade capaz de saciar suas necessidades, mas sim de consumo desenfreado e desnecessário de bens, em níveis comprometedores para a capacidade de resiliência dos sistemas planetários. *Não só a vida humana está vinculada ao consumo para sobreviver, mas a ideia de cidadania tornou-se dependente do consumo.*³⁸

Não se ignora que podem ser institucionalizadas outras formas de promoção de algumas garantias integrantes do conceito de mínimo existencial. No Brasil, por exemplo, há o Sistema Único de Saúde e a assistência social (respectivamente artigos 198 e 194 da CF). Contudo, deve-se ter em mente que, internacionalmente, o que existe, majoritariamente, é um sistema econômico que retira do cidadão o controle dos meios de produção.

Na produção de mercadorias, a atividade produtiva de uma pessoa não tem qualquer ligação direta com seu consumo; ambos devem ser mediados pela troca e pelo mercado. Além disso, uma pessoa não tem qualquer ligação

36. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 51-55.

37. Tanto é que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, assegura, como direito social dos trabalhadores, um “salário mínimo [...] capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Ora, a forma de acesso às mencionadas “necessidades vitais” é justamente a relação de consumo.

38. BURMANN, Tatiana Kessler; CENCI, Daniel Rubens. Direitos Humanos, Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, n. 2, p. 131-157, jul./dez. 2013. Grifos nossos.

direta com as pessoas que produzem as mercadorias que consomem. Tal relação é mediada pelo mercado. A produção de mercadoria implica um alto grau de especialização produtiva, em que cada produtor isolado cria somente uma ou poucas mercadorias, dependendo, assim de que outros indivíduos, com quem ele não tem qualquer relação direta, comprem suas mercadorias no mercado. Uma vez que ele tenha trocado suas mercadorias por dinheiro, novamente dependerá de que pessoas com as quais ele não tem relação pessoal direta ofereçam, no mercado, aquelas mercadorias que ele tem de comprar para satisfazer às suas necessidades pessoais.

[...].

Nesse tipo de economia, existem inter-relações e dependências econômicas extremamente complexas e que não envolvem interação e associação pessoal direta. O indivíduo interage somente com a instituição impessoal do mercado, no qual o indivíduo troca mercadorias por moeda e moeda por mercadorias. Consequentemente, o que, em realidade, é um conjunto de complexas relações econômicas e sociais entre pessoas é, para cada indivíduo, apenas uma série de relações impessoais entre coisas – isto é, mercadoria. Cada indivíduo depende das forças impessoais do mercado, de compra e venda, ou demanda e oferta, para a satisfação de suas necessidades.³⁹

Logo, já não é razoável exigir que alguém plante todos os seus alimentos ou costure todas as suas vestes, de modo tal que se torna imperioso concluir que não se pode privar ninguém do consumo (= acesso) *dos bens essenciais*.

Interessante notar que tal raciocínio é autorizado em âmbito internacional pela Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) 39/248, de 16 de abril de 1985 (com revisões posteriores), que prevê diretrizes para a adequada proteção do consumidor mundialmente, inclusive por meio de cooperação entre os Estados-nações.

O documento externa preocupação com práticas comerciais abusivas ou desleais, contratos de adesão, a qualidade dos bens ou serviços (em especial de itens essenciais, como água, comida e produtos farmacêuticos), a segurança física e a saúde dos consumidores, entre outros, o que denota uma tentativa de harmonizar um conteúdo básico para a defesa do consumidor. Os países integrantes da ONU são exortados pelo texto a se comprometerem com os níveis mínimos de proteção nele descritos.

39. HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. *História do Pensamento Econonômico: Uma Perspectiva Crítica*. Trad. André Arruda Villela. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 3.

No que tange especificamente ao direito do superendividamento, que, como dito, ocupa-se da disciplina do crédito ao consumo, é possível subsumir sua caracterização, em nível internacional, à alínea 19 da mencionada Resolução, que determina: “Consumers should be protected from such contractual abuses as one-sided standard contracts, exclusion of essential rights in contracts, and unconscionable conditions of credit by sellers”.⁴⁰

Para além disso, o direito do superendividamento tem por axiologia o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, quando comprometido com dívidas que não conseguirá adimplir, a pessoa do consumidor (que possui todas as garantias do cidadão⁴¹) deve ser privilegiada em face do sistema de crédito (despatrimonialização da legislação civilista e eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Aqui também cabem ponderações: como decorre do modelo francês de tratamento do superendividamento (retromencionado), tutelar o consumidor superendividado não equivale a perdoar suas dívidas, pura e simplesmente, com prejuízo de seus credores. Trata-se, antes disso, de um plano de pagamento diferido no tempo⁴² que permita ao consumidor quitar suas dívidas de forma global (renegociação com assembleia de credores), mas com a liberação de parte de sua renda para a manutenção de duas necessidades básicas e de sua família (*reste à vivre*)⁴³.

Vale dizer, não se pode excluir o consumidor superendividado do mercado de consumo (morte civil), mas sim buscar a composição de suas dívidas, com a desvinculação de parcela de sua renda para que ele consiga viver de forma condigna à sua condição humana. O *reste à vivre*, nesses termos, é uma forma de manutenção do mínimo existencial.

Em síntese, o direito do superendividamento correlaciona-se com o mínimo existencial por quatro motivos:

-
40. ONU. Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985. Disponível em: [goo.gl/5iQuXQ]. Acesso em: 16.02.2018.
 41. NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50.
 42. A técnica não é desconhecida no Brasil, que já confere às pessoas jurídicas empresárias a possibilidade de pleitear a recuperação judicial (Lei 11.101/2005).
 43. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. In: *Biblioteca de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 20. p. 123-124; LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 195.

É manifestação do direito à defesa do consumidor, que é direito fundamental;

A) Assegura o direito ao consumo, que é direito humano;

B) Fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana;

C) Objetiva desvincular parcela da renda mensal do consumidor do pagamento de seus credores, possibilitando a satisfação das necessidades básicas do devedor e de sua família (doutrina francesa do *reste à vivre*).

Por essas razões é que se defende a necessidade de elaboração de políticas públicas consumeristas que permitam a tutela do consumidor de crédito que se encontre superendividado.

Como já ressaltado, a adoção de quaisquer medidas resultaria em custos para o Estado (seja pelo aparelhamento do poder executivo para um tratamento administrativo da matéria, seja pelo aumento de demandas do poder judiciário para um tratamento judicial do caso, ou ainda pela mobilização do poder legislativo para a positivação do tema, sem falar em custos reflexos, envolvendo os juros e o montante de crédito circulante no Sistema Financeiro Nacional)⁴⁴.

Não obstante, o tratamento do superendividamento deve ser enquadrado na política de adoção de prioridades do Estado (o que limita a invocação, por parte deste, da cláusula da reserva do possível), pois integra a promoção do conceito de mínimo existencial, justamente por assegurar o *reste à vivre*.

5.1. Piso vital e mínimo existencial: correlação

Há doutrinadores que utilizam os termos “mínimo ou piso vital” e “mínimo existencial” indistintamente. Em verdade, de forma genérica, não despontam problemas da utilização das expressões como sinônimas, haja vista a proximidade conceitual dos vocábulos que as compõem.

Contudo, a doutrina do superendividamento realiza diferenciação entre os institutos. Pela teoria do *reste à vivre*, “piso vital” é a menor parcela da renda do consumidor desvinculada do pagamento de suas dívidas (plano de recuperação). Logo, ele é uma forma de promoção do “mínimo existencial” (do qual, conseqüentemente, retira seu fundamento, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana).

44. Cf. SILVA, Frederico Oliveira. Desafios para uma Política Pública sobre Superendividamento no Brasil: O que se Pode Aprender com o SUS. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2017. v. 3. p. 153-172.

Pode-se afirmar, assim, que o “piso vital” possui um conteúdo econômico-financeiro imediato. O “mínimo existencial”, por sua vez, não pode ser monetariamente quantificado em sua totalidade, pois engloba também direitos intangíveis (como o acesso à justiça).

Ademais, o “piso vital” permite uma análise abstrata (com base no custo de vida do local em que habita o consumidor superendividado) e em concreto (ponderação entre as necessidades do devedor e de sua família e os direitos dos credores).

Ao contrário, o “mínimo existencial” nem sempre comporta uma análise em concreto, justamente por muitas vezes não ser oponível diretamente contra o Estado (por exemplo, normas de eficácia limitada). Outrossim, às vezes ele não é diretamente individualizável, como ocorre com os direitos da personalidade, dependendo de liquidação (no caso do exemplo, por danos morais e/ou materiais).

Logo, pode-se afirmar que o *reste à vivre* é a manifestação primeira, mais palpável e mais comum do mínimo existencial, sendo o tratamento do superendividamento uma forma de assegurar ambos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mínimo existencial é conceito historicamente fluido, cujo conteúdo é definido pelas necessidades da sociedade. Contudo, há parâmetros principiológicos e constitucionais que lhe garantem três características básicas: deve tutelar ao menos os direitos fundamentais (incluídos os sociais); não é possível retroceder em seu nível de proteção; em face da ausência de recursos orçamentários, reduz a discricionariedade administrativa ao estabelecer prioridades para a atuação estatal.

Por tudo isso, o instituto é compreendido como o menor conjunto possível de prestações materiais que devem ser asseguradas pelo Estado ao cidadão para que este viva de forma condigna à sua condição humana.

O direito à defesa do consumidor, tutelado internacionalmente e também pelo ordenamento pátrio, integra o mínimo existencial, seja por ser um direito fundamental à luz da CF, seja por derivar do direito humano ao consumo (que, em si mesmo, busca assegurar o acesso aos bens essenciais pela atividade de mercado).

O tratamento do superendividamento, tanto por materializar a defesa do consumidor, quanto por seu fundamento principiológico (dignidade da pessoa humana), está especialmente incluído no mínimo existencial.

Afinal, pela teoria do *reste à vivre*, o enfrentamento do fenômeno busca garantir que uma parcela mínima da renda do consumidor seja desvinculada do pagamento do conjunto de suas dívidas a fim de que ele consiga custear suas despesas básicas e as de sua família.

Encontra-se superendividado, conforme o modelo francês, adotado majoritariamente no Brasil, o consumidor pessoa física de boa-fé que não consiga adimplir com o conjunto de suas dívidas não profissionais, vencidas ou a vencer.

Logo, pelo *reste à vivre*, o tratamento do consumidor busca assegurar um piso vital, que é a manifestação mais concreta do mínimo existencial, tendo, ainda, a vantagem de ser monetariamente quantificável (levando em consideração as necessidades da família do devedor, os direitos dos credores e o custo de vida da região em que aplicado).

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- BURMANN, Tatiana Kessler; CENCI, Daniel Rubens. Direitos Humanos, Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, n. 2, p. 131-157, jul.-dez. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Diógenes Faria de. *Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2011.
- CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. O (Super)Endividamento num Diálogo Franco-Brasileiro. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2015. p. 39-88.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. In: *Biblioteca de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 20.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. A Experiência Brasileira: o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. III, n. 11, p. 13-66, set. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes Transformações*

- do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2009. p. 109-134.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. *História do Pensamento Econômico: Uma Perspectiva Crítica*. 3. ed. Trad. André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *L'Esthétisation du Monde: Vivre à l'Âge du Capitalisme Artiste*. Paris: Gallimard, 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 11-52, jul.-set. 2005.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- NETO, André Perin Schimdt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 9-33, jul.-set. 2009.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e "Reserva do Possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.
- SILVA, Frederico Oliveira. Desafios para uma Política Pública sobre Superendividamento no Brasil: O que se Pode Aprender com o SUS. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2017. v. 3. p. 153-172.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.
- WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p. 197-210, junho/2013. Disponível em: [ref. scielo.org/d9h4xs]. Acesso em: 17.01.2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo, de Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten – *RDC 106/135-165* (DTR\2016\22309);
- Crédito consignado e o superendividamento dos idosos, de Johannes Doll e Rosângela Lunardelli Cavallazzi – *RDC 107/309-341* (DTR\2016\24089);
- Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário, de Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Clarissa Costa de Lima – *RDC 76/74-111* e *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor 2/791-824* (DTR\2010\796);
- Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento, de Rosângela Lunardelli Cavallazzi – *RDC 100/425-449* (DTR\2015\13088); e
- Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao pl 283/2012, de Bruno Ricardo Bioni – *RDC 99/371-408* (DTR\2015\10684).