

Káren Bertoncello: Mínimo existencial deve dar proteção necessária

30/07/2022

A leitura do Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, que pretendeu regulamentar "a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo", contemplados no Código de Defesa do Consumidor atualizado, confronta as lições de Robert Alexy[1] quando ensina as limitações dos "possíveis conteúdos do direito ordinário", *in verbis*:

"Embora a constituição, quanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários."



O texto emanado do Poder Executivo subsume-se no significado de

"conteúdo constitucionalmente impossível" pela forma como adentrou o superprincípio da dignidade da pessoa, que lhe conferiu unidade material.[2] Nessa senda, o princípio da dignidade atua como fundamento à proteção do consumidor superendividado e criador do direito ao mínimo existencial, cuja previsão infraconstitucional foi sedimentada pelo Poder Legislativo na Lei n.14.181/21, que atualizou o Código de Defesa do Consumidor, instalando um microsistema de crédito ao consumo.

Veja-se que o Código atualizado previu a dupla dimensão do superprincípio (princípio e regra) ao contemplar explícita e implicitamente nos artigos 4º, X; 5º, XI, XII; 104-A; 104-B; 104-C a necessidade de preservação do mínimo existencial como forma de evitar a exclusão social do consumidor superendividado.[3] Assim já ensinava Ingo Sarlet sobre a origem "de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade"[4]. E prossegue apontando que o "Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais"[5], Como tal, qualificado como direito fundamental social, sua função precípua é "assegurar a qualquer pessoa condições mínimas para uma vida condigna", sendo a garantia de um mínimo existencial "o núcleo essencial dos próprios direitos sociais na sua condição de direitos fundamentais".[6]

Desprovidos do propósito de enumerar as impossibilidades do conteúdo do Decreto em exame, lembramos as palavras do saudoso professor Kazuo Watanabe:[7] "O *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país".

Para além da redação do regulamento determinado no Código do Consumidor atualizado, artigo 6º, XI, a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações privadas para a preservação da dignidade da pessoa era avanço doutrinário e jurisprudencial pátrios já reconhecidos, a partir da previsão do artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88.[8] [9]

E como outrora afirmado[10], observada a divisão dos direitos fundamentais em dois grupos, "de acordo com o critério da sua função preponderante, em direitos de defesa e direitos de prestação"[11], conseqüência lógica é o reconhecimento da existência do direito fundamental social do mínimo existencial de caráter defensivo, por interpretação implícita do texto constitucional.

E o caráter negativo dos direitos fundamentais sociais é justificado na necessidade de proteção do consumidor superendividado perante o poder estatal e setores da sociedade[12], concluindo-se pela existência do direito fundamental social do mínimo existencial como direito de defesa (proteção) nas hipóteses de superendividamento do consumidor.

A complexidade na individualização do mínimo existencial e a adequação ao caso concreto advêm do próprio conceito de mínimo, como enfatiza ministro Luiz Edson Fachin: "o mínimo até pode ser a menor quantidade que preserva as características de algo". E continua, lecionando: "O mínimo não é menos nem ínfimo. É um conceito apto a construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo".[13] E a metodização da busca do mínimo existencial do devedor superendividado não é diversa, porque dependente da ponderação dos valores incidentes na relação creditícia pretérita.

Considerada a dimensão como direito de defesa, a preservação do mínimo existencial expressa a necessária proteção do Estado, destinando conteúdo que assegure concretamente a dignidade do consumidor e, de outro lado, assegure a proteção ao consumidor superendividado contra "conteúdos constitucionalmente impossíveis."

[1] Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.543.

[2] Jacintho, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 207.

[3] Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 83.

[4] Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 100, jan.-mar. 2007.

[5] Sarlet, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

[6] Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, p. 94.

[7] Watanabe, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, p. 19, mar. 2011.

[8] Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 253.

[9] Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, p. 99.

[10] BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existência, casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[11] Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274.



- [12] Sarlet, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado*, p. 61.
- [13] Fachin, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 274-281.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jul-30/karen-bertoncello-minimo-existencial-expressar-protecao-necessaria/>