

O superendividamento e a intervenção na liberdade negocial como forma de concretizar o mínimo existencial

Roberto José Ludwig¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Káren Rick Danilevitz Bertoncello²

Juíza de Direito no estado do Rio Grande do Sul

Resumo: o trabalho examina uma das dimensões do mínimo existencial, com análise da constitucionalidade das disposições do art. 104-A, § 2º do CDC, na redação conferida pela Lei do Superendividamento, submetendo-as ao teste da proporcionalidade como método para a solução de conflitos de direitos fundamentais como a liberdade negocial e o mínimo existencial.

Palavras-chave: Superendividamento. Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Mínimo existencial.

Introdução

Com a Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021 (Lei do Superendividamento), finalmente o Direito brasileiro estabeleceu um modo de tratar o superendividamento no âmbito jurídico-processual, o que ensejou a criação de núcleos ou projetos especializados em receber as numerosas demandas de consumidores afetados por tal fenômeno.

Ocorre que o legislador, ao estruturar a proteção do superendividado, optou por fazê-lo no corpo do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a exemplo do art. 104-A, que prevê realização de audiência conciliatória para repactuação de dívidas e agrega alguns efeitos importantes ao crédito do credor que deixa de comparecer ou que de outro modo frustre a oportunidade de repactuação.

Sobre isso, as lições do ministro Herman Benjamin³ registram o consenso na Comissão de Juristas do Senado Federal sobre a delimitação temática do aperfeiçoamento legislativo das relações de consumo de que “façam parte do CDC e beneficiem-se de sua estabilidade legislativa e principiológica microssistêmica”.

Dentre os diversos questionamentos levantados por credores ao procedimento

¹ Desembargador do TJRS, classificado na 15ª Câmara Cível. Licenciado em Filosofia pela UFRGS. Doutor em Direito pela UFRGS.

² Juíza de Direito do TJRS, designada para o Projeto Gestão Superendividamento. Doutora e mestre em Direito pela UFRGS. Especialização em Direito Europeu dos Contratos pela *Université de Savoie Mont-Blanc*. Especialista em Direito Digital pela Enfam. Diretora do Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS. Diretora do Brasilcon. Coordenadora do Núcleo de Inovação e Administração Judiciária da Ajuris (NIAJ). krdb2001@gmail.com.

³ BENJAMIN, Antonio Herman. Breve nota sobre a atualização do CDC pela Lei 14.181/2021: a dimensão constitucional-protetiva do microssistema do CDC. In: *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 19.

de repactuação, pretendemos aqui estudar a arguição de ofensa ao direito fundamental da liberdade do credor pela alegada imposição de fazer acordo com o devedor.

No exame do tema, optamos por utilizar a técnica da proporcionalidade, que se presta para avaliar a colisão notória entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais com caráter de princípios consagrados pela constituição de 1988, sobretudo pela remissão inequívoca feita pelo legislador ao conceito de mínimo existencial, corolário da dignidade da pessoa humana, no art. 104-C do CDC, introduzido pela mesma Lei do Superendividamento.

1. Análise da intervenção ao lume do mínimo existencial

1.1. O mínimo existencial

Embora a doutrina já cogitasse do conceito de mínimo existencial, é certo que a Lei nº 14.181/21 inovou ao inseri-lo de modo expresso no texto do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no capítulo dos direitos básicos do consumidor⁴, consolidando o estado da arte sobre a proteção do consumidor no mercado de crédito consumo.

Idêntica referência se encontra no art. 54-A do CDC⁵, ao regular o crédito responsável e, mais precisamente, ao definir a situação de superendividamento com vista à sua prevenção. A exemplo do propósito do advento da Lei nº 8.078/90, o estabelecimento de parâmetros éticos para a fase de formação dos contratos (proteção do consentimento informado, cumprimento dos deveres de análise da capacidade de reembolso, customização das condições contratuais à realidade do orçamento familiar do consumidor), bem como para a fase de execução das obrigações (com a vedação da ruína do parceiro contratual, revisão de abusividade nos encargos, readequação do cumprimento com preservação das despesas básicas de sobrevivência) forma novos vetores a iluminar a atuação esperada das partes na relação contratual⁶.

No âmbito do tratamento endereçado ao consumidor superendividado, no art. 104-A⁷ e 104-C⁸ do CDC vemos novamente a menção ao conceito de mínimo existencial.

⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas; XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

⁵ Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

⁶ § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

⁶ A esse respeito, veja por todos: MARQUES, Cláudia Lima. Dever de cooperação no tratamento do superendividamento dos consumidores: evitar a ruína através da conciliação ou revisão-sanção dos contratos. In: *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024.

⁷ Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

⁸ 104-C (...) § 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

A legislação de tratamento do superendividamento do consumidor representa o próprio mínimo existencial instrumental, identificado na fase conciliatória, mediante o emprego de técnicas específicas e impositivas no curso da audiência de conciliação aplicada ao tratamento do superendividamento, assim como na fase judicial do processo previsto sob o rito da citada lei.

Ocorre que, ao assim agir, o legislador explicitou o que já se poderia extrair por derivação interpretativa da norma constitucional que estabelece como fundamento da república a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), combinada com os objetivos da ordem econômica, bem como iluminada pelos princípios gerais do Direito Civil, a cláusula geral da boa-fé e a proteção geral da dignidade e da vulnerabilidade do consumidor (CDC, art. 4º, caput e inc. I).

Nessa linha, veja-se o ensinamento de Sarlet:

Em termos de fundamentação constitucional, a ausência de explicitação da garantia (e do direito) ao mínimo existencial pela Constituição Federal é superada pela inserção da garantia de existência digna dentre os princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput, da CF), assim como pela via da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, revelando a similaridade, neste particular, com o direito constitucional alemão e a fundamentação lá desenvolvida (...)

Segundo Cláudia Lima Marques, pode-se dizer que o mínimo existencial não somente possui status constitucional, mas também pré-constitucional, pela sua intrínseca vinculação à dignidade da pessoa humana enquanto direito humano independente de positivação em ordem jurídica.

Com isso, a Lei do Superendividamento, ao alterar o texto do Código de Defesa do Consumidor, na verdade explicitou para o campo da proteção do crédito ao consumidor as consequências da tutela da dignidade do consumidor, adotando expressamente o conceito de mínimo existencial.

É dizer, conceito fundado no superprincípio da dignidade da pessoa. Esse contemplado em sua dupla dimensão (princípio e regra), nos termos dos artigos 4º, X; 5º, XI, XII; 104-A; 104-B; 104-C, prevendo a necessidade de preservação do mínimo existencial como forma de evitar a exclusão social do consumidor superendividado⁹ e assegurar condições materiais para uma vida com dignidade¹⁰. Ingo Sarlet explica que o “Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais”¹¹, assim qualificado como direito fundamental social, com a função precípua de “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”¹².

Nessa perspectiva, o mínimo existencial diz com o direito fundamental ao con-

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 83.

¹⁰ 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.

¹¹ 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: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, p. 94.

junto de condições materiais para uma vida com dignidade ou ao conjunto formado por uma seleção de direitos sociais, econômicos e culturais necessários para a plena realização da pessoa, tendo em vista principalmente sua essencialidade.

O alcance da responsabilidade social estatal em atender à dignidade da pessoa humana constitui tema de alta indagação; correlatamente, como assentado na doutrina alemã, a preservação do mínimo existencial (“*Existenzminimum*”) depende de aspectos temporais e situacionais; no direito francês, o *reste à vivre* igualmente suscita questões de regulamentação em concreto.

Como ensina Gilmar Mendes¹³, o direito fundamental ao mínimo existencial comporta diferentes dimensões, porquanto pode ser dirigido contra o Estado enquanto direito prestacional social (mínimo vital) ou através de prestação normativa, mediante a expedição de normas legais e/ou administrativas necessárias para a concretização dos seus fins, bem como através da estatuição de procedimentos de que o consumidor superendividado necessita para a sua proteção em face dos fornecedores, o que se dá no âmbito horizontal da eficácia, ou seja, no âmbito da autonomia privada.

A forma adotada pela Lei nº 14.181/21, atual art. 6º, XI¹⁴, do Código de Defesa do Consumidor, aparentemente exigiu a concretização dos parâmetros do mínimo existencial por meio de regulamentação infralegal e estendeu expressamente sua incidência às fases pré e pós-contratuais. Significa dizer que o respeito ao mínimo existencial deve ocorrer desde o momento da concessão do crédito, e não apenas para fins de tratamento do superendividamento.

A seu turno, o Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, posteriormente alterado pelo Decreto nº 11.567, de 19 de junho de 2023, 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”, prevendo atualmente o valor de R\$ 600,00. Contudo, a tentativa de estabelecer um parâmetro fixo destinado a todas as famílias brasileiras confrontou a essência do conceito de mínimo existencial, como bem fundamentado pela doutrina¹⁵ e jurisprudência pátrias¹⁶.

13 MENDES, Gilmar. A ampliação dos direitos subjetivos do consumidor superendividado: reflexões sobre a Lei 14.181/21. In: *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 39.

14 XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

15 Veja por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o decreto do mínimo indecente para uma vida indigna. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-26/direitos-fundamentais-notas-decreto-minimo-indeciente-vida-indigna/>. Acesso em 9 fev. 2025.

16 Vide decisão do TJRS: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS. TUTELA ANTECIPADA PARA LIMITAÇÃO DE DESCONTOS DE EMPRÉSTIMOS PARA 35% DA SUA REMUNERAÇÃO. PARCIAL CONHECIMENTO DO RECURSO (1) PONTOS RELATIVOS À IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA CONCEDIDA NA ORIGEM E OMISÃO DA DECISÃO QUE NÃO PODEM SER CONHECIDOS. A questão relativa à gratuidade viola ao princípio do duplo grau de jurisdição e não é agravável, pois não se enquadra no rol do art. 1.015 do CPC ou do Tema n. 988 do STJ. Quanto a omisão apontada, a interposição do agravo de instrumento se revela meio inadequado para impugnação. (2) PRELIMINARES. NÃO ACOLHIDAS. Inexiste obrigatoriedade quanto à designação de audiência de conciliação prévia, conforme demonstram os precedentes desta Corte. Ademais, a decisão agravada levou em consideração os pontos essenciais do caso, dado que, levando em consideração o princípio do livre convencimento do motivado, afasta a nulidade arguida. (3) MÉRITO. CONSUMIDOR EM SITUAÇÃO DE SUPERENDIVIDAMENTO. No caso em concreto estão presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 300 do CPC. Hipótese em que os descontos realizados de forma consignada e em conta-corrente comprometem expressivamente os rendimentos do agravado. Disposições acerca do valor atribuído a título de mínimo existencial pelo Decreto n. 11.567/2023 que não alteram a decisão de origem, sobretudo porque a questão está sendo analisada no âmbito de duas arguições de descumprimento de preceito fundamental perante ao Egrégio STF (1005 e 1006). Conceito do mínimo existencial, a despeito da definição legal ora discutida, deve ser tomado de forma dinâmica e de acordo com as condições financeiras”.

Nessa perspectiva, o art. 104-A ingressa no campo das normas e procedimentos necessários à garantia de eficácia da proteção do direito fundamental ao mínimo existencial nas relações privadas. Revela-se, assim, a dimensão do direito fundamental à luz da proibição de insuficiência da proteção.

Sobre a proibição de insuficiência, Alexy¹⁷ recorda a correlação intrínseca com a proibição de excesso, ambas conectadas entre si pelo princípio da proporcionalidade:

A proibição do excesso e a proibição de insuficiência são, em sua estrutura, idênticas. Ambas trazem à expressão nada mais que o princípio da proporcionalidade e se diferenciam unicamente em que a direção de defesa e de proteção a cada vez é diversa, e que disso resultam naturais diferenças.

Portanto, é somente uma questão de foco discutir eventual proibição de excesso na defesa dos credores em face da intervenção no seu direito de liberdade ou aventurem possível insuficiência das medidas estatais para a proteção do seu mínimo existencial. A dissociação total entre os enfoques é que não se faz possível.

Para além da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o sentido e o alcance do conceito de mínimo existencial, o legislador brasileiro, através da Lei do Superendividamento, optou por utilizar nominalmente o termo e agregar conteúdo concreto à garantia fundamental, desenvolvendo posições subjetivas e objetivas que vão além das inerentes à esfera dos tradicionais direitos fundamentais de defesa e mesmo dos direitos prestacionais positivos reconhecidos através dos chamados direitos sociais.

Através do referido diploma, o legislador estabeleceu normas e procedimentos que possibilitam que uma parcela da população de consumidores, os superendividados, possa exercer direitos derivados da garantia do mínimo existencial, e que podem ser dirigidos contra terceiros, os fornecedores de crédito.

Portanto, o direito ao crédito responsável pode ser entendido como uma eficácia horizontal do direito fundamental ao mínimo existencial, o que traduz, na relação entre particulares, limitação à liberdade econômica dos fornecedores de crédito e representa uma intervenção estatal na autonomia privada com o escopo de proteção da dignidade do consumidor.

Correlativamente, no campo da prevenção, a lei ordinária brasileira reconheceu explicitamente o direito ao crédito responsável e impôs ao fornecedor do crédito um dever de abstenção quanto à concessão irresponsável de crédito ao consumidor em geral e, especialmente, ao já endividado.

Não há dúvida de que, numa evolução importante em comparação com o capitalismo industrial em sua primeira fase, a centralidade do sistema residia na proprie-

ceiras da parte hipossuficiente. Redimensionamento dos descontos que atinge aos contratos consignados e com desconto em conta-corrente, de acordo com assente entendimento do STJ e deste Tribunal sobre o tema. Condição pessoal do consumidor, enquanto servidor público estadual, que não obsta a limitação dos descontos, tendo em conta que a sua situação econômico-financeira dialoga com a linha do superendividamento, permitindo, assim, o redimensionamento dos débitos de acordo com a Lei n. 14.181/2021. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVADO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento, Nº 53359973620248217000, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fernando Antônio Jardim Porto, Julgado em: 06-02-2025)

17 ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 71-92.

dade dos meios de produção, o que correspondia, no plano ideológico, a uma ética da virtude marcada pela parcimônia, indutora da poupança e do investimento. Já na etapa seguinte, que pode ser desenhada como sociedade de consumo, a liberdade individual e a própria identidade passam a revelar uma dependência do consumo, segundo Bauman: “Numa sociedade de consumo, compartilhar a dependência de consumidor - a dependência universal das compras - é a condição *sine qua non* de toda liberdade individual; acima de tudo, a liberdade de ser diferente, de “ter identidade”¹⁸.

Acompanhando esse desenvolvimento, o crédito passa paulatinamente a assumir posição central, porque possibilita adquirir os bens enquanto mercadorias produzidas e postas em circulação e, mais do que isso, faculta antecipar a sua fruição.

Entretanto, como ensina Han, o passo subsequente da evolução da sociedade contemporânea reside na caracterização do capitalismo da informação, no qual se opera o deslocamento da centralidade do sistema para o acesso a bens (como ao crédito), relegando a segundo plano a titulação de propriedade ou mesmo a posse das coisas:

A era das coisas acabou. (...)

O capitalismo da informação é uma forma acentuada de capitalismo. Em contraste com o capitalismo industrial, ele também transforma o imaterial em mercadoria. A própria vida se torna commodity. Relações humanas inteiras são mercadorias¹⁹.

Desse modo, o capitalismo da informação confere ao crédito relevância ainda maior, porque, através da distribuição abundante do crédito e do tratamento das informações correspondentes às operações e aos consumidores que os tomaram, pode-se governar toda a cadeia de consumo e, com isso, a de produção, porquanto ambas estão mutuamente interconectadas.

Aqui se apresenta o primeiro grande elemento caracterizador do mercado de crédito, que é a assimetria da informação entre quem o oferece e quem o contrai; pode-se dizer que, mais do que uma simples diferença de volume de informações, há um verdadeiro fosso entre o consumidor e o fornecedor, em que na perspectiva do primeiro há uma verdadeira opacidade, enquanto na do outro há transparência mediada por algoritmos.

Como destacado por Han, o governo dos algoritmos põe em xeque a autonomia privada das pessoas:

No mundo controlado algorítmicamente, as pessoas perdem cada vez mais seu poder de ação, sua autonomia. Elas são confrontadas com um mundo que escapa de sua compreensão. Elas seguem decisões algorítmicas, mas não conseguem compreendê-las. Algoritmos se tornam caixas pretas. O mundo está perdido nas camadas profundas das redes neurais às quais os humanos não têm acesso²⁰.

18 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. RJ: Zahar, 2021, p. 108.

19 HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 38-39.

20 HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 20.

No ambiente das relações de consumo analógicas, Nicole Chardin já apontava para a vulnerabilidade dobrada do consumidor de crédito, como fundamento de proteção especial para reduzir a assimetria existente: “Le consommateur de crédit va donc voir multiplier par deux les risques de pression, puisqu'il sera deux fois ‘consommateur’: consommateur en général et consommateur de crédit”²¹. E no âmbito das relações digitais, Mucelin e Wodtke definiram a vulnerabilidade digital que “pode ser compreendida como um estado generalizado de falta de defesa e suscetibilidade à exploração de desequilíbrios de poder que surgem da crescente automação das transações comerciais e do fluxo de dados inerente às estruturas dos mercados digitais”²².

Neste contexto, desde a fase da captação, ao consumidor é direcionada uma avalanche de publicidade e ofertas desprovidas da análise da sua capacidade de reembolso. O resultado do inadimplemento é esperado, calculado, levando à catividade pela incapacidade de sair da espiral de acúmulo de dívidas.

O enredamento do consumidor no superendividamento o leva à condição de cativo do sistema financeiro, como bem descrito por Schmidt Neto:

*Os que cedem às tentações do crédito fácil, logo se deparam com suas dificuldades. O dinheiro na hora traz consigo um vínculo obrigacional que inclui cláusula de juro moratório capitalizado e, nos frequentes casos de inadimplemento, torna-o um consumidor cativo do sistema financeiro, que amortiza mensalmente sua dívida impagável, transferindo muito mais que o valor do empréstimo ao longo dos anos, mas não o suficiente para saldar, ou deixaria de ser consumidor da finan-ceira credora*²³.

A necessidade de intervenção passa ainda pela superação da questão da suposta culpa do consumidor pela própria miséria, como demonstra Schmidt Neto, ao explicar que o superendividamento tem sua maior causa na conduta do fornecedor de crédito:

*A questão que surge é: falhou o consumidor que contraiu um crédito que não seria capaz de pagar, ou falhou o banco na verificação da capacidade de reembolso de seu cliente? Os consumidores sentem a culpa que acompanha o conceito de dívida e vice-versa. A própria expressão alemã Schuld pode ser traduzida tanto como culpa quanto como dívida. Mas são os fornecedores de crédito que o convenceram a adquirir um crédito acima de sua capacidade de pagamento*²⁴.

Daí o reconhecimento da “vulnerabilidade existencial”²⁵ atestado pela influência

21 CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988, p.34.

22 MUCELIN, Guilherme; WODTKE, Guilherme Domingos. Mercado de consumo digital e automatizado: desafios e perspectivas da proteção do sujeito vulnerável nas primeiras décadas do Século XXI. *O comércio eletrônico e o direito do consumidor: estudos em homenagem à professora Cláudia Lima Marques*. Recife: Adecon, 2023, p.68.

23 SCHMIDT NETO, André Perin. *O livre-arbitrio na era do big data*. SP: Tirant lo Blanch, 2021, p. 119.

24 SCHMIDT NETO, André Perin. *O livre-arbitrio na era do big data*. SP: Tirant lo Blanch, 2021, p. 120.

25 Veja: LIMA, Clarissa Costa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A força do microsistema do CDC: tempos no superendividamento e de compartilhar responsabilidades. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.549-580.

das dívidas na subjetividade do indivíduo e formadora de uma “memória de futuro”²⁶. Nesse sentido, a formação da condição do homem endividado²⁷ reclama a busca de instrumentos capazes de assegurar a concretização da própria dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a concessão massiva de crédito, inclusive para o superendividado, não se explica como um simples erro, mas, pela sua reiteração e multiplicação a uma infinidade de consumidores, só pode ser proposital; de fato, o próprio inadimplemento, ao invés de ser evitado, como sugere a doutrina tradicional do contrato numa economia de livre mercado, é interessante para o fornecedor abusivo, na medida em que gera a vantagem de submeter o consumidor à situação de cativo, obrigando-o a transferir fração importante de seus parcos ganhos mensais para o credor.

Essa condição econômica análoga à escravidão se mostra de modo particularmente grave no crédito consignado, que, não por coincidência, reúne uma plêiade de superendividados:

Em créditos consignados, qualquer valor que entra na conta do consumidor é transferido ao banco credor automaticamente sem depender do aceite do titular do crédito, por exemplo, que poderia optar por comprar remédios ou comida. Man-tém-se um consumidor miserável contribuindo para um fundo de investimentos²⁸.

Para bem aplicar concretamente o direito ao mínimo existencial, no entanto, e especialmente, para utilizar os remédios fortes que o legislador preparou para o tratamento do superendividamento, não se pode contornar a questão da constitucionalidade das disposições do art. 104-A do CDC, em face da gravidade da intervenção na autonomia privada.

Dito de outro modo, há que se perquirir de incidência da lei em possível excesso na intervenção com fins protetivos, o que igualmente é vedado pelo princípio da proporcionalidade, que implica proibição do excesso.

1.2. Da intervenção na liberdade

A ordem jurídica nacional atribui à liberdade a categoria de direito fundamental individual e garantia constitucional expressa, art. 5º da CF²⁹.

De modo consequente, a ordem econômica brasileira professa a inspiração pelo princípio da liberdade, não apenas de iniciativa, como de concorrência, além da liberdade de exercício de atividade em geral, como expresso no art. 170 da CF³⁰.

26 LAZZARATO, Maurizio. *La fabrique de l'homme endetté*. Paris: Editions Amsterdam, 2011, p. 38.

27 BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos*. São Paulo: Revista dos Trubunais, 2015.

28 SCHMIDT NETO, André Perin. *O livre-arbítrio na era do big data*. SP: Tirant lo Blanch, 2021, p. 120.

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

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O princípio da liberdade, na relação entre particulares, desdobra-se na liberdade negocial e, esta, na liberdade contratual. Por isso, a intervenção estatal na liberdade contratual exige uma justificativa importante, o que motivou o legislador a inserir no direito ordinário civil uma disposição que consagra o princípio da intervenção mínima, art. 421 do CC³¹.

Posto isso, soa razoável compreender que, para respeitar o caráter mínimo e excepcional que deve ter a intervenção no contrato, com o fim de revisão de relação de consumo, por exemplo, impõe-se a submissão ao teste da proporcionalidade.

A fim de compatibilizar direitos fundamentais com caráter de princípio, atribuindo a cada qual a máxima eficácia, tanto no plano do direito coletivo como do individual, sem aniquilar o valor carregado pelo princípio concorrente, a solução que melhor se apresenta consiste em realizar a ponderação de acordo com a proporcionalidade, instrumento que possui a pretensão de racionalidade e universalidade (BOROWSKI, 2003) por possibilitar, pela sua estruturação em passos e técnicas de sopesamento, decidir casos de colisões de direitos fundamentais sem incursão em pressuposições axiológicas insustentáveis (ALEXY, 1994).

Inversamente, a discussão pautada exclusivamente pela lógica dos valores conduz ao paroxismo, como sugerido por Carl Schmitt, ao cunhar a expressão “tirania dos valores” (SCHMITT, 1967, p. 60), na medida em que para o valor máximo, até o mais alto preço deve ser pago.

Assim, para que a proteção do mínimo existencial possa conviver com a autonomia privada, e a liberdade negocial que rege a ordem econômica pátria, há necessidade da utilização do instrumental da proporcionalidade.

O procedimento tem o condão de gerar uma solução racional da colisão na medida em que enseje a otimização Pareto que guia os subprincípios da idoneidade e necessidade na operação de relações meio-fim governadas pelos princípios colidentes (ALEXY, 1994), em desempenho semelhante ao do princípio da eficiência (RAWLS, 1971).

Para tanto, a solução proporcional, aceita como ótima pelo sistema, será aquela que atenda ao (sub)princípio da idoneidade, que exclui o emprego de meios que prejudiquem, pelo menos, um princípio, sem, ao menos, fomentar um dos princípios ou objetivos a cuja realização devam servir; ao (sub)princípio da necessidade, que, por sua vez, pede que se escolha aquele meio, dentre dois que fomentem igualmente um princípio, que ao mesmo tempo intervenha menos em princípio oposto; e, por derradeiro, ao princípio da proporcionalidade propriamente dito (ponderação, terceiro subprincípio), que diz com a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, segundo o qual, se comprova sucessivamente: o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e, por derradeiro, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento de outro princípio.

Da ponderação à aplicação da regra por subsunção, o trato de colisões por meio do exame de proporcionalidade beneficia-se do conceito de relação de precedência condicionada; são as condições fáticas e jurídicas que definem se um princípio tem pre-

31 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

cedência sobre outro, com vista à otimização de seus comandos no caso concreto.

1.3. Da proporcionalidade das disposições do art. 104-A do CDC

1.3.1. Da idoneidade

A intervenção por meio do procedimento de repactuação do CDC é adequada à finalidade de enfrentar os malefícios da ruína, tal como a recuperação judicial e os regimes de insolvência são idôneos para os fins a que se propõem. Atualmente, o Brasil apresenta 74,60 milhões de endividados no mês de janeiro de 2025, de acordo com os dados apurados pela Serasa³².

Um estudo comparado sobre os dois grandes modelos de tratamento do superendividamento do consumidor (francês e norte-americano), segundo Sophie Schiller³³, e anteriores à reforma de 2010 e de 2005, respectivamente, atestava que os Estados Unidos são o país que melhor solução oferecia ao consumidor endividado ao disponibilizar tratamento das dificuldades tão logo identificadas, favorecendo o devedor que exerce atividade econômica com procedimentos mais céleres, menos onerosos e mais bem aceitos. É dizer que globalmente o procedimento é mais eficaz na medida em que os credores aceitam mais facilmente a remissão das dívidas e permite uma real possibilidade de um novo começo do devedor³⁴.

Contudo, a legislação brasileira não contemplou perdão de dívidas, instaurando um sistema de repactuação consensual e, de forma residual, a repactuação compulsória. Há diferentes aspectos a considerar quanto à relevância da valorização da fase consensual, onde os credores são chamados a participar da audiência de conciliação ou sessão de mediação mediante o comparecimento qualificado, vale dizer, o preposto ou procurador devem estar habilitados a transigir para a construção do plano de pagamento, não obstante inexista obrigatoriedade ao conteúdo do mesmo nesta fase processual³⁵. É o que chamamos de presença qualificada, cuja finalidade está em harmonia com o espírito do Código de Processo Civil ao valorizar o princípio da cooperação (art.6º), aplicável subsidiariamente, e a própria estrutura do plano de pagamento compulsório, previsto no art. 104-B do CDC, ao destinar tratamento preferencial aos credores que construíram o plano consensual mediante entendimento.

1.3.2. Da necessidade

A intervenção estatal na liberdade negocial do credor é necessária, ante os malefícios da ruína do consumidor individual e socialmente considerados; meios menos

32 Disponível em <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renegociacao-de-dvidas-no-brasil/>. Acesso em: 14 mar. 2025.

33 SCHILLER, Sophie. L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ? Comparaison franco-américaine. *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. 3. p. 655-674. Paris, 2004.

34 Sobre o estudo comparativo, veja: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevitz Bertoncello. Breves linhas sobre o estudo comparado de procedimentos de falência dos consumidores França, Estados Unidos da América e anteprojeto de lei no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 83/2012, p. 113 - 137, Jul - Set / 2012.

35 BERTONCELLO, Káren Rick Danilevitz. O processo judicial de repactuação das dívidas: modelo brasileiro de mínimo existencial instrumental. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 144/2021, p.17-36, Nov - Dez./2022.

gravosos (como os previstos anteriormente) não se revelaram eficazes, ante o altíssimo índice de superendividamento, com reflexos na economia e na própria prestação jurisdicional.

A praxe judiciária respalda a inferência de que, se não existir a exigência de esforço cooperativo dos credores e se não houver qualquer sanção ao inerte, o credor não encontra estímulo para ingressar de modo efetivo na composição. Atualmente, tramitam 11.800 ações no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, classificadas na Tabela Processual Unificada como “superendividamento”. Desde o advento da Lei nº 14.181/21, com a criação do procedimento especial dos artigos 104-A e 104-B, e a firme atuação da jurisprudência³⁶ no reconhecimento do dever de cooperar, tem se concretizado da eficácia da legislação ao aplicar as sanções do art.104-A, § 2º nos termos do Enunciado n. 39 do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec):

A simples apresentação de procuração com poderes especiais para transigir não elide a aplicação da suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, caso o procurador não apresente efetivas propostas de negociação para a formalização do plano de pagamento, em atenção ao dever de cooperação, devendo constar tal advertência na notificação encaminhada aos credores.

A esse respeito, veja-se o significativo aumento nos números de homologações de acordo, na fase processual, obtidos em sessão de mediação:

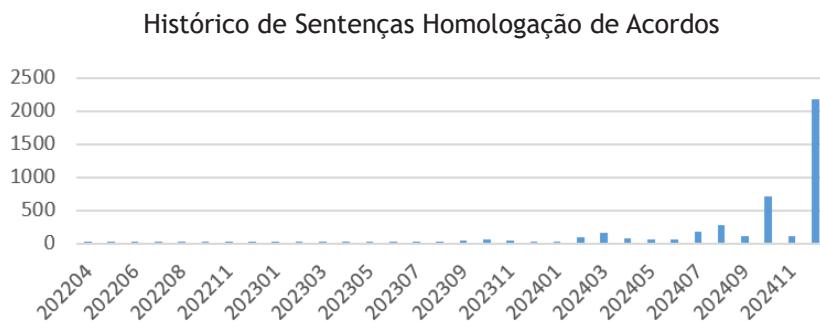


Figura 1

³⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS. APLICAÇÃO DE SANÇÃO DO ARTIGO 104-A, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA DECISÃO RECORRIDA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE DEIXOU DE APRESENTAR PROPOSTA DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDAS, EM EVIDENTE DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE COOPERAÇÃO INSULPIDO NOS ARTIGOS 6º, XI, E 104-A, AMBOS DO CDC. COM A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO NASCE UMA NOVA ABORDAGEM PRINCIPIOLOGICA ATINENTE AO DEVER DE BOA-FÉ E COOPERAÇÃO, A FIM DE AUXILIAR O CONSUMIDOR ENDIVIDADO, O QUE NÃO FOI OBSERVADO PELA AGRAVANTE. MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE. DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. MATERIA NÃO ELENÇADA NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEMA 988 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DE HIPÓTESE DE URGÊNCIA, CAPAZ DE TORNAR INÚTIL O JULGAMENTO EM EVENTUAL RECURSO DE APelação. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 50497110520258217000, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em: 05-03-2025).

1.3.3. Ponderação ou proporcionalidade stricto sensu

Do balanço entre a gravidade da intervenção (restrições na liberdade dos credores) e a importância das finalidades eleitas, revela-se proporcional e ponderada a medida.

Para apurar se não haveria possível desproporcionalidade, basta comparar tais graus, observando-se duas diretrizes da ponderação, de acordo com Alexy, a saber: (a) “Quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a importância do cumprimento do outro” e (b) “Quanto mais grave pesar uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.”

No caso, a intervenção na liberdade negocial dos credores não pode ser considerada grave pela imposição de um simples esforço cooperativo na busca da renegociação, comparativamente com os severos danos individuais e coletivos do superendividamento.

As informações disponíveis quanto à extensão do superendividamento e severidade dos seus impactos individuais e coletivos são suficientemente seguras para apoiar o legislador a estabelecer uma audiência conciliatória de comparecimento obrigatório de credores; da mesma forma, há lastro empírico bastante para apoiar a exigência de efetiva cooperação dos credores na busca de uma solução consensual do problema do superendividado.

Conclusão

A intervenção na liberdade negocial dos credores para a proteção suficiente do consumidor superendividado encontra no exame da proporcionalidade um teste quanto à sua constitucionalidade e racionalidade, através da técnica da ponderação de princípios colidentes, procedimento que tem por efeito agregar concretude ao conceito de mínimo existencial no âmbito da proteção do consumidor de crédito dentro de um mercado caracterizado pelo excesso de oferta, assimetria de informação e alto nível de endividamento.

A redação do art.104-A do CDC retrata a essência do microssistema de crédito ao consumo, pelo qual o legislador conferiu princípios, valores, deveres e ferramentas para a preservação da boa-fé nas relações contratuais, impedindo a admissão da ruína do parceiro contratual. Neste norte, não se está diante do dever de renegociar sob determinadas condições, mas frente ao dever de cooperar e colaborar para a construção de plano de pagamento consensual, a permitir a redução dos efeitos gerados pelo fenômeno de exclusão social.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ARENKT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006.

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. RJ: Zahar, 2021.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Breve nota sobre a atualização do CDC pela Lei 14.181/2021: a dimensão constitucional-protetiva do microssistema do CDC. In: *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevitz Bertoncello. Breves linhas sobre o estudo comparado de procedimentos de falência dos consumidores França, Estados Unidos da América e anteprojeto de lei no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 83/2012, p. 113-137, jul-set / 2012.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevitz. O processo judicial de repactuação das dívidas: modelo brasileiro de mínimo existencial instrumental. *Revista de Direito do Consumidor*, v.144/2021, p.17-36, nov- dez/2022.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevitz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.
- HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022.
- HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 154-156.
- LAZZARATO, Maurizio. *La fabrique de l'homme endetté*. Paris: Editions Amsterdam, 2011
- LIMA, Clarissa Costa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A força do microssistema do CDC: tempos no superendividamento e de compartilhar responsabilidades. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.549-580.
- MARQUES, Cláudia Lima. Dever de cooperação no tratamento do superendividamento dos consumidores: evitar a ruína através da conciliação ou revisão-sanção dos contratos. In: *superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024.
- MENDES, Gilmar. A ampliação dos direitos subjetivos do consumidor superendividado: reflexões sobre a Lei 14.181/21. In: *superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba: Foco, 2024.
- MUCELIN, Guilherme; WODTKE, Guilherme Domingos. Mercado de consumo digital e automatizado: desafios e perspectivas da proteção do sujeito vulnerável nas primeiras décadas do Século XXI. *O comércio eletrônico e o direito do consumidor: estudos em homenagem à professora Cláudia Lima Marques*. Recife: Adecon, 2023.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- 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.

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.

SCHILLER, Sophie. L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ? Comparaison franco-américaine. *Revue Internationale de Droit Compare*. n. 3. p. 655-674. Paris, 2004.

SCHMITT, Carl. Die Tyrannie der Werte, In: *Säcularization und Utopie*, Festschr. f. E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1967.

SCHMIDT NETO, André Perin. *O livre-arbítrio na era do big data*. SP: Tirant lo Blanch, 2021.