

1. FABIO SCHWARTZ¹

O TRATAMENTO INADEQUADO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

Superendividamento – Fenômeno social –
Lei de Recuperação de Pessoa Jurídica –
Ausência de Previsão de Recuperação à
pessoa física – Necessidade de Extensão
do sentido da norma – Princípio da
Dignidade da Pessoa Humana.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 2010

¹ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito do Consumidor da FESUDPERJ – Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro – Membro fundador do FNDPCON – Fórum Nacional Permanente de Defensores Públicos de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

| | |
|---|----------|
| 1- INTRODUÇÃO..... | 3 |
| 2-A INTERPRETAÇÃO COMO SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS..... | 4 |
| 3-AS SENTENÇAS ADITIVAS NO DIREITO PÁTRIO..... | 7 |
| 4- SOLUÇÃO PROPOSTA..... | 8 |
| 5- CONCLUSÃO..... | 9 |

O TRATAMENTO INADEQUADO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

1 - INTRODUÇÃO

O superendividamento do consumidor é fenômeno moderno da globalização, sendo certo que na sociedade atual preza-se mais pelo ter do que o ser. Tal fenômeno tem ganhado notoriedade em qualquer tipo de sociedade, seja em países desenvolvidos, seja em países em desenvolvimento.

A questão vem sendo acompanhada pelos estudiosos do direito, sendo certo que ainda não se vislumbrou uma solução legislativa a contento para o fenômeno, mesmo em países desenvolvidos do continente europeu, como a Alemanha e a França.

Não obstante isto, a lei 11.101/2005 introduziu em nosso ordenamento jurídico pátrio o instituto da recuperação judicial, com o nítido objetivo de viabilizar a superação de crise econômico-financeira eventualmente enfrentada por uma empresa.

Tal procedimento constitui-se num *prius*, ao passo que a falência em um *posterius*, sendo certo que esta última somente sobrevém em caso de patente insucesso da tentativa de recuperação. Desta feita, oportuniza-se à empresa levar a cabo um plano tendente a reconduzi-la à plena atividade no mercado.

Assim, observa-se que após o advento do novel instituto, exurgiu verdadeiro paradoxo no mundo jurídico nacional, eis que à pessoa jurídica, antes de se lhe impingir a pecha de falida oferece-se plenos mecanismos de recuperação; ao passo que à pessoa humana, em igualdade de condição, impõe-se a mancha de insolvente, sem qualquer oportunidade de resgate de sua dignidade e respeito perante a comunidade dos credores.

A problemática narrada repete problema já ocorrido no passado, eis que, conforme ressalta Humberto Theodoro Junior², até o Código de Processo Civil de 1973, só havia previsão de falência para os comerciantes, inexistindo, até então, instituto análogo para disciplinar as hipóteses de insolvência civil que envolvesse devedores não comerciantes. Assim é que, conforme ressalta o ilustre jurista, restava ao devedor civil

² A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.34.

apenas “o concurso de credores como simples incidente da execução singular, sem que se pudesse formar a massa de seus bens sob gestão judicial, nem tampouco se lograva a extinção das dívidas após a execução de todo o patrimônio do insolvente”.

O eminente jurista ainda alertava:

“A este (devedor comerciante), na crise econômica, era dada uma verdadeira proteção, mercê principalmente do sistema das concordatas e da reabilitação, após a falência, mesmo sem o pagamento integral aos credores. Já para aquele (devedor civil), a insolvência não passava de mero incidente de execução singular, sem sequer ensejar uma saída honrosa para o não comerciante que se via envolvido pela calamidade da insolvência”.³

Alfredo Buzaid, indignado com a odiosa diferenciação de tratamento apontada, declarava-se favorável à instituição de um concurso universal de credores que estendesse ao devedor civil os benefícios que a Lei de Falências concedia ao devedor comerciante, a despeito da ausência de previsão legal expressa.⁴

Fato é que, hodiernamente, à luz da Constituição de 1988, tal dicotomia de tratamento, principalmente de viés mais gravoso para a pessoa física, não pode prevalecer, urgindo que se lance mão das técnicas modernas de interpretação a fim de se solucionar a pendência estabelecida, conforme adiante explicitado.

2 - A INTERPRETAÇÃO COMO SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante de tal disparate, forçoso o implemento de profunda reflexão acerca da questão demandada a qual, em verdade, constitui verdadeiro tormento dos dias coevos, dominados pela cultura da globalização, em que se busca o difícil equilíbrio entre

³ A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.36.

⁴ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, n.22.

os interesses da maioria e os dos grupos econômicos, cuja lógica totalitária irradia-se de forma cada vez mais voraz, inclusive no seio do judiciário.

Não há dúvidas de que, para efetividade dos direitos fundamentais, verdadeiros epicentro da modernidade, é preciso que o judiciário assumira uma postura ativa, servindo como última trincheira de proteção das conquistas sociais alcançadas às duras penas pela atual constituição cidadã.

Ora, tendo a constituição Federal erigido como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana (e não da pessoa jurídica), inadmissível que a pessoa física (materializada no mundo fenomênico), em cotejo com uma entidade jurídica (cuja existência se admite apenas por ficção), receba tratamento discriminatório, e com conseqüências irrefutavelmente mais deletérias.

Acerca da exegese acima sugerida, mister se faz trazer à tona a lição da professora portuguesa CRISTINA QUEIROZ, a qual leciona:

“Adaptando a compreensão de que o processo de aplicação judicial da Constituição (constitucional adjudication) é interpretação, teóricos como DWORKIN e FISS afirmam que o juiz pode proceder sobre questões fortemente controvertidas, identificando os valores partilhados pela comunidade através de um processo de interpretação objetiva que filtre e descubra os valores da comunidade. Isso pressupõe uma concepção positiva da liberdade como cidadania e um conceito novo de representação *we the people actually speak*. O Tribunal Constitucional, entre nós, ao exercer o seu direito judicial de controle, actua como representante do povo, no sentido mais recto do termo, o seu comissionário para prevenir o abuso em seu nome da política ordinária (*normal politics*), contrária a vontade constitucionalizada da maioria”⁵

Assim, cotejando-se os dois interesses acima, a preservação da pessoa humana decerto prepondera sobre a preservação da pessoa jurídica, sendo de mister citar anotação do insigne doutrinador português, José Carlos Vieira de Andrade, que expressa: *“realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos*

⁵ Interpretação Constitucional e Poder Judicial, Coimbra Editora, 2000.

*direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.*⁶

Impõe-se, desta feita, a realização de verdadeira interpretação corretiva/adequativa da Lei. No caso em tela, imprimir interpretação conforme, a partir de uma decisão aditiva, estendendo-se a possibilidade de recuperação judicial às pessoas físicas. Assim, o texto da Lei susomencionada continua vigente; sua validade, porém, é que vem confortada por uma interpretação constitucional, mediante o uso analógico, readequando a norma aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora não se encontrem explicitados no texto constitucional, servem para conformar a interpretação de um texto infraconstitucional com o Texto Maior.

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: o da adequação; o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação advém da correlação entre o motivo, o meio e o fim. Deve-se lançar mão de meios adequados tendo em vista determinados motivos para a consecução de um fim específico, isto é, as medidas restritivas devem se mostrar necessárias para a obtenção de um resultado pretendido.

Por sua vez, a necessidade diz respeito à intervenção mínima de modo a que as medidas previstas em lei - tendentes a tolher direitos, liberdades e garantias - devem ser estritamente necessárias.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, contempla a ponderação entre o encargo e o benefício, na medida em que se devam evitar medidas desproporcionais, excessivas em relação aos fins perseguidos.

Destarte, o princípio da proporcionalidade vem a ser o suporte da própria concepção de proibição de violação dos direitos e da realização/efetivação dos direitos fundamentais e ainda o fundamento constitucional dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade confunde-se com os fundamentos dos princípios da dignidade da pessoa humana, enfim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais.

No caso apresentado, tais princípios vêm em socorro à causa supra vindicada, já que o legislador, ao lançar no mundo jurídico a Lei 11.101/2005 cometeu séria anomalia, posto que propôs proteção diferenciada às pessoas jurídicas, deixando de

⁶ Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1988, p. 102

fora as pessoas físicas, valorizando mais a atividade econômica do que a dignidade da pessoa humana, o que se afigura desarrazoado e desproporcional.

Por outro lado, não se estender a benesse legal às pessoas físicas, decerto culminará em espetacular agressão ao princípio da isonomia. Neste diapasão cumpre apropriar-se das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual diz que uma norma somente atende a igualdade “*se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de discrimen... e o regramento que se lhe deu*”.

Ora, conforme afirma Humberto Theodoro Junior, há sem dúvida uma exata identidade de causa e fim entre a falência e o concurso civil, uma vez que “*ambos se fundam no estado patrimonial deficitário e ambos têm em vista a realização de todo o patrimônio do devedor para o rateio entre todos os credores do insolvente.*”⁷ Logo, não se justifica tratamento dissonante para as pessoas físicas na fase anterior à realização patrimonial.

Como se vê, as discriminações – *rectius*: tratamento diferenciado – devem ser lógicas, racionais, visivelmente justificáveis, logo, inexistindo qualquer destes ingredientes, irrepreensível a providência ora propugnada, sob pena de, nas palavras do doutrinador gaúcho, Lenio Streck, se apresentar o seguinte paradoxo: “*Uma constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídica que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos*”.⁸

3 - AS SENTENÇAS ADITIVAS NO DIREITO PÁTRIO

Havendo um dispositivo legal incongruente com a Constituição, e não havendo o legislador tomado as necessárias providências de adaptação daquele a esta, o judiciário pode e deve realizar a correção através do processo hermenêutico, permitindo não somente redefinir o conteúdo de um texto legal, como também adaptá-lo à Constituição.

No campo do direito penal-processual, a 5ª Câmara do Rio Grande do Sul exarou decisão inédita no país, aplicando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da interpretação conforme a constituição, *verbis*:

⁷ A Insolvência Civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.41.

⁸ Jurisdição Constitucional e Hermeneutica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

“Furto qualificado pelo concurso. Agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso do que ao do roubo em igual condição. Aplica-se o percentual de aumento deste àquele. Atenuante pode deixar pena aquém do mínimo abstrato. Deram parcial provimento aos apelos.”⁹

O professor Lênio Luis Streck, em comentário à decisão supracitada assim se pronunciou, *verbis*:

“A solução encontrada pelo Tribunal foi a aplicação do mecanismo da interpretação conforme a Constituição, ancorado nos princípios da isonomia e da proporcionalidade (sem considerar o fato de que a duplicação da pena no furto feria também, frontalmente, o princípio da razoabilidade). O texto da Lei (Código Penal) permaneceu no sistema. A norma exurgente desse texto é que teve uma adição de sentido (interpretação conforme), passando-se a aplicar ao furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante do concurso de agentes do roubo. (...)”¹⁰

Mais adiante arremata o consagrado doutrinador dizendo:

“Importa referir, ainda, que o acórdão em tela pode ser enquadrado naquilo que Lafuente Balle denomina de sentenças aditivas, pelas quais o Tribunal dá provimento ao recurso e adiciona ao conteúdo normativo da disposição impugnada uma regulação que faltava para assegurar sua conformidade com a Constituição, ou como sentenças manipulativas, que se caracterizam toda vez que o Tribunal acolhe um recurso e altera o conteúdo normativo da disposição impugnada, substituindo a norma contrária à Constituição por outra de acordo com a Constituição. Nas sentenças aditivas, o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado. O tribunal cria uma norma e a adiciona ao texto da disposição. A decisão declarará que esta nova norma infere-se do conteúdo da Constituição e que sua adição à disposição recorrida resulta determinante para assegurar a constitucionalidade desta. Nas sentenças

⁹ Amilton Bueno de Carvalho, *Garantismo Penal Aplicado*, 2ª edição, 2006, editora Lúmen Juris, p. 15.

¹⁰ *Jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, 2ª edição, editora forense, p. 599.

manipulativas, por outro lado, ocorre a substituição do texto impugnado.”

Registre-se que a mais alta corte do país, embora sem assumir expressamente estar forjando uma sentença aditiva, nos termos acima propugnados, acabou funcionando como verdadeiro legislador positivo, contemplando o indigitado expediente, a fim de corrigir injustificadas omissões do legislativo pátrio. Confira-se:

ISONOMIA – ATIVOS E INATIVO - §4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – APLICABILIDADE. A garantia insculpida no §4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direitos aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do §4º em comento – ‘na forma da lei’ – apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa.¹¹

De igual modo foi a decisão do STF no RMS 22.307/DF. Aqui, conforme havia decidido no Processo Administrativo 19.426-3 – no qual se consideraram, entre outros fatores, "a auto-aplicabilidade e, portanto, a imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares na mesma data, sem distinção de índice" –, com base no inciso X do artigo 37 da CF/88, o STF estendeu a outros servidores públicos a revisão salarial concedida somente a determinadas categorias pelas Leis 8.622, de 10/01/93, e 8.627, de 19/02/93.¹²

¹¹ Pleno, Min. MARCO AURÉLIO, *DJU* de 13/06/97, p. 26.722.

¹² Cf. Ata da 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29/04/93, como transcrita no voto do Min. MARCO AURÉLIO na *RTJ* 163:147.

E porque não citar exemplo advindo do STJ, quando da entrada em vigor da lei 10.259 de 17/07/2001, a qual, em seu art. 2º, fixava a competência dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo e as definia, em seu parágrafo único, da seguinte forma: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa." Diante do então novel dispositivo, verificou-se total incongruência em relação aos Juizados Especiais da justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, posto que o legislador, nestes casos, foi menos generoso. O art. 61 da Lei 9.099, de 26/09/95, restringiu o conceito das infrações penais de menor potencial ofensivo somente aos delitos criminais cuja pena máxima não seja superior a um ano. Entretanto, como tal disparidade implicaria tratamento discriminatório, o STJ, embasado exatamente no princípio da isonomia, passou a entender que a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo acabou por derogar aquela prevista no art. 61 da Lei 9.099/95. E isso tudo a despeito da regra de exclusão explícita, contida no transcrito parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, conforme a qual a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo só se aplicava para os efeitos da própria Lei 10.259/2001.¹³

Assim foi que o STJ acabou considerando omissão relativa expressa, cometida pelo legislador e, por consequência, em razão do princípio da isonomia, estendeu a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo ao âmbito da Lei 9.099/95, de balde cláusula explícita de exclusão contida na Lei 10.259/2001.

Como se vê, inúmeras sentenças aditivas já foram materializadas no judiciário brasileiro, ainda que não se tenha dado "nome aos bois", entretanto, como é cediço, a inscrição grafada no frasco não lhe altera a essência. Logo, há que ser admitido tal controle de constitucionalidade em mais este caso, através do processo interpretativo sugerido nesta sede. O processo interpretativo implica em redefinições. Interpretar é redefinir. Todo o processo de interpretação é um processo de criação. Ou não é a jurisprudência fonte de Direito?

Demais de tudo até aqui sustentado, convém lembrar que com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, através da Lei 9.868/99, o Poder Legislativo admitiu expressamente que o Poder Judiciário pode exercer atividade de adaptação e adição de

¹³ Por todos, cf. RHC 12.033/MS, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, *DJU* de 09/09/2002, p. 234.

sentido aos textos legislativos, reconhecendo que a função do Poder Judiciário não mais se reduz à clássica concepção de “legislador negativo”.

4 – SOLUÇÃO PROPOSTA

Diante das considerações acima, pode-se dizer que a falência está para insolvência, assim como a recuperação de empresas está para o superendividamento. Desta feita, nada impede que, em sendo reconhecido pelo juiz o estado de superendividamento, seja oportunizado à pessoa física (o consumidor) o mecanismo de recuperação, aplicando-se tudo que for compatível, principalmente o chamado plano de recuperação, que poderá ser levado a cabo, observando-se as normas contidas nos artigos 53 e 54 da Lei 11.101/05.

Além disso, também poder-se-ia observar o plano especial, previsto no art. 71 do diploma legal em comento, facultando-se, à guisa de exemplo, que o devedor parcele suas dívidas em até 36 prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a., bem como a aplicação do prazo máximo para pagamento da primeira parcela para 180 dias e etc.

Tal solução se constituiria em espetacular mecanismo de reestruturação das finanças dos chamados superendividados, realidade incontestável da sociedade atual, vítima da oferta desenfreada do crédito fácil pelas instituições financeiras, as quais preferem um devedor atrelado a uma dívida impagável a permitir sua recuperação e retorno a uma vida digna perante a sociedade.

V - CONCLUSÃO

O Superendividamento é uma patologia social da vida moderna, na medida em que vivemos numa sociedade de consumo em que o ser humano é impelido a todo tempo, através de campanhas publicitárias cada vez mais bem elaboradas, a um consumo acima de sua capacidade financeira. Reforça-se a todo instante a filosofia de que nos dias coevos é mais importante ter do que ser.

Não obstante tal realidade social, o ordenamento jurídico pátrio não possui tratamento adequado da problemática, relegando ao superendividado à pecha de insolvente civil, ao passo que às pessoas jurídicas é dado tratamento diferenciado, garantindo-se-lhes a possibilidade de recuperação e soerguimento na seara judicial antes da deletéria decretação de falência.

Tal paradoxo não pode prevalecer, na medida em que a Constituição Brasileira instituiu como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana e não o da dignidade da pessoa jurídica.

Ora, a dignidade da pessoa humana está consagrada na Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art.1, inc.III). A dignidade é a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.

Daí é que exsurge de forma patente a necessidade de se buscar mecanismos de interpretação e filtragem Constitucional das normas existentes, de molde a que ao superendividado também seja assegurado o direito de recuperar-se judicialmente, nos moldes do que ocorre na recuperação da pessoa jurídica, garantindo-se assim um tratamento equânime e condizente com seu status Constitucional.

Destarte, face aos arrazoados acima expostos, dúvidas não restam acerca da necessidade de adição de sentido à indigitada Lei de Recuperação de empresas, admitindo que igual benesse seja aplicada às pessoas físicas, mormente a atinente ao plano de recuperação, socorrendo, assim, os ditames constitucionais alhures enfatizados.

VI - BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Manual de Processo de Execução. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126>>.

CARVALHO, Amilton Bueno e Saulo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris editora, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris editora, 2006.

JÚNIOR. Américo Bedê Freire. O papel do juiz no mundo globalizado. Síntese Jornal. Editora Síntese. JULHO/2004 - ANO 8 - N° 89.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. São Paulo. Malheiros, 1993.

STREKC. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Insolvência Civil: Execução por quantia certa contra devedor insolvente*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VALLE. Anco Márcio. *Processo Falimentar*. Rio de Janeiro. Editora Idéia Jurídica. 1998.