

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Gustavo Henrique de Almeida

TEORIA DA RECUPERAÇÃO SUSTENTÁVEL DO DEVEDOR NÃO EMPRESÁRIO

Belo Horizonte

2016

Gustavo Henrique de Almeida

TEORIA DA RECUPERAÇÃO SUSTENTÁVEL DO DEVEDOR NÃO EMPRESÁRIO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A447t Almeida, Gustavo Henrique de
Teoria da recuperação sustentável do devedor não empresário / Gustavo Henrique de Almeida. Belo Horizonte, 2016.
123 f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Crise econômica. 2. Direito falimentar. 3. Falência. 4. Sociedades comerciais - Recuperação. 5. Créditos. 6. Devedores e credores. I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.736

Gustavo Henrique de Almeida

CRISE E RECUPERAÇÃO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães - PUC Minas

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta - PUC Minas

Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti - UFU

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho - FUMEC

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima (Suplente) - PUC Minas

Prof. Dr. Cimon Hendrigo Burmann de Souza (Suplente) - UNA

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2016.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, aos meus amigos e aos colegas de trabalho, seja da docência ou da advocacia, os meus sinceros agradecimentos.

Agradeço, também, a todos os docentes do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais pelas valiosas contribuições na minha formação acadêmica.

Destaco, com agradecimentos especiais, os professores César Augusto de Castro Fiuza e Rodrigo Almeida Magalhães.

Por fim, agradeço à minha esposa, Mariana, pela paciência e pelas horas furtadas do seu convívio.

A simplicidade é o último grau de sofisticação.

Leonardo da Vinci

RESUMO

O presente trabalho analisa o direito à recuperação por parte dos devedores em estado de crise-econômico financeira. O estudo se desenvolve mediante uma análise da recorrência das crises econômicas e das respostas estatais para sua superação. O crédito, como elemento preponderante em uma economia de mercado, constitui objeto de uma releitura jurídica. Os diversos sistemas de insolvência são analisados e divididos em dois grandes grupos, os recuperatórios e os liquidatários. Tendo por objetivo investigar a viabilidade jurídica *de lege ferenda* da existência de um direito subjetivo à recuperação de todo e qualquer agente econômico, a pesquisa sustenta tal possibilidade como uma hipótese válida. O método utilizado é dedutivo, partindo-se da premissa geral de que todas as pessoas podem ter acesso a mecanismos de recuperação, pois todas elas estão sujeitas ao fenômeno da crise. Utiliza-se a descrição dos institutos atinentes ao âmbito da pesquisa, assim como propõe uma nova interpretação para as questões apresentadas como forma de contribuir para o aprimoramento da ciência do direito.

Palavras-chave: Crise. Crédito. Falência. Insolvência. Recuperação.

ABSTRACT

This paper analyzes the right to railroad reorganization by debtors in a state of financial-economic crisis. The study is developed through an analysis of the recurrence of economic crises and state responses to overcome it. The credit, as a major element in a market economy, is the subject of a legal reinterpretation. The various insolvency systems are analyzed and divided into two major groups, the railroad reorganizations and liquidations. With the objective to investigate the legal feasibility of *lege ferenda* the existence of a subjective right to recovery of any economic agent, the research supports this possibility as a valid hypothesis. The used method is deductive, starting from the general premise that all people can have access to recovery mechanisms because they are all subject to the crisis phenomenon. It is used to describe the institutions relating to the scope of the research, and proposes a new interpretation to the issues presented in order to contribute to the improvement of the science of law.

Keywords: Crisis. Recovery. Credit. Insolvency. Bankruptcy.

RIASSUNTO

Questo lavoro analizza il diritto di recuperare da parte del debitore in una condizione o (stato) di crisi economica-finanziaria. Lo studio si sviluppa attraverso l'analisi del ripetersi di crisi economiche e le risposte dello STATO per superarle. Il credito, come elemento importante in un'economia di mercato, è oggetto di rilettura giuridica. I diversi sistemi di insolvenza, vengono analizzati e suddivisi in due gruppi, il creditore e il debitore. Avendo l'obiettivo di studiare la fattibilità legale delle leggi romane (latine) dell'esistenza di un diritto soggettivo a qualsiasi recupero e qualsiasi agente economico, la ricerca sostiene tale possibilità come una valida ipotesi. Il metodo utilizzato è deduttivo, fermo restando che ci sia il presupposto generale che tutte le persone possono avere accesso ai meccanismi di recupero perché tutti sono soggetti al fenomeno della crisi. Il metodo è utile per descrivere i centri di competenza al contesto della ricerca, così come offre nuova interpretazione alle questioni presentate al fine di contribuire al miglioramento della scienza del diritto.

Parole chiave: Crisi. Recupero. Credito. Insolvenza. Fallimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 OS CICLOS ECONÔMICOS E A RECORRÊNCIA DA CRISE	21
2.1 As origens da crise econômica	21
2.2 Os efeitos da crise para o setor público	24
2.3 Os efeitos da crise para o setor privado.....	27
2.4 O abalo na confiança e no crédito	28
3 AS RESPOSTAS ESTATAIS À CRISE ECONÔMICA INSTALADA	33
3.1 As propostas econômico-fiscais	33
3.2 As escolhas políticas	34
3.3 As respostas jurídicas.....	37
4 UMA RELEITURA DA DISCIPLINA JURÍDICA DO CRÉDITO	41
4.1 O crédito e o direito em uma sociedade capitalista	41
4.2 O crédito como potencialidade para entabulação de negócios jurídicos.....	43
4.3 A autonomia privada, a função social e as relações jurídicas	45
4.4 A fundamentalidade do direito de crédito na construção do Estado Democrático de Direito	48
5 OS SISTEMAS DE INSOLVÊNCIA LIQUIDATÁRIOS E OS RECUPERATÓRIOS	52
5.1 Panorama histórico das normas relativas à insolvência contributivas para a formação do direito brasileiro	52
5.2 Os mecanismos jurídicos de soerguimento do devedor em crise.....	58
5.3 Considerações sobre o tratamento legislativo específico em caso de crise	64
5.3.1 <i>O tratamento específico do consumidor superendividado</i>	64
5.3.2 <i>A ausência de tratamento normativo recuperatório da pessoa natural não empresária e não consumidora</i>	68
5.3.3 <i>A liquidação das sociedades simples e das sociedades não personificadas</i>	69
5.3.4 <i>O tratamento normativo da insolvência das associações e das fundações</i>	70
5.3.5 <i>Considerações acerca da insolvência de pessoas jurídicas de direito público</i>	71
5.4 A previsão de institutos recuperatórios em ordenamentos jurídicos de outros Estados.....	72
6 TEORIA DA RECUPERAÇÃO SUSTENTÁVEL	81
6.1 A subserviência do direito frente aos interesses econômicos.....	81
6.2 A inexistência de acesso a mecanismos jurídicos de recuperação para todos os agentes econômicos no Brasil	83
6.3 Para além da unificação dos processos concursais	88
6.4 Por uma teoria da recuperação sustentável	91
6.4.1 <i>A questão do custo e da eficiência</i>	95
6.4.2 <i>A posição do credor em face do direito de recuperação do devedor</i>	100
7 CONCLUSÕES.....	103
REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

A crise econômico-financeira pode acometer qualquer agente em uma sociedade. Apesar disso, o sistema jurídico brasileiro confere o direito à recuperação a seletas pessoas.

Tratando-se de empresário que esteja amparado pela Lei nº 11.101/05, as previsões do ordenamento oferecem-lhe mecanismos de superação do estado de crise. Se, contudo, o devedor não estiver amparado por tal Lei, inevitavelmente a insolvência desse agente é sinônima de liquidação patrimonial.

Na economia capitalista, o acesso aos serviços e bens de consumo pressupõe que as pessoas estejam aptas a desenvolver negócios jurídicos no mercado. Tais bens e serviços, muitas vezes indispensáveis à existência digna, não são acessíveis àqueles que estejam alijados do mercado, sobretudo quando o Estado não os provém à sociedade.

As pessoas, naturais ou jurídicas, quando estão submetidas à crise e afastadas do mercado, não encontram no ordenamento jurídico mecanismos de superação desse momento fatídico, salvo se forem empresárias amparadas pela Lei nº 11.101/05.

Não obstante, questiona-se a necessidade ou a legítima expectativa de um sistema jurídico que autorize e ordene a superação da crise por parte de todo e qualquer devedor, a exemplo do que ocorre com os empresários aos quais é facultada a recuperação.

Nesse contexto, o problema de pesquisa que conduziu a presente investigação consiste em saber se há fundamentação jurídica para justificar a existência do direito de recuperação a todo e qualquer agente econômico. Calcado na hipótese que sustenta a existência de elementos justificantes de um direito subjetivo à recuperação, enveredou-se pela investigação como forma de comprar ou refutar tal hipótese.

A pesquisa tem como objetivos gerais delinear a crise e os processos concursais no âmbito do ordenamento jurídico interno, assim como dos procedimentos de intervenção e liquidação, de modo a identificar a possibilidade de criação de uma teoria de recuperação sustentável para todo e qualquer agente econômico.

A investigação pauta-se, também, por objetivos específicos, dentre os quais, o de diagnosticar as limitações impostas pela legislação relativa à insolvência das pessoas não empresárias.

Ainda, intentou-se delinear os diferentes institutos entre os processos concursais empresariais, o procedimento da insolvência civil e os procedimentos de intervenção e liquidação.

Nesse contexto, buscou-se, também, apresentar as mudanças que a teoria de

recuperação sustentável geraria no regramento da insolvência dos devedores.

Outrossim, pretendeu-se identificar os pressupostos metodológicos para uma sistematização unificada do Direito Recuperacional.

Foi preciso, em termos de objetivos específicos, delinear as mudanças filosóficas e axiológicas em relação às atividades econômicas de repercussão social e a recorrente necessidade de sua preservação em contraposição à mera liquidação em casos de crise.

Ainda, cuidou-se de analisar a doutrina e a legislação estrangeira sobre o tema e identificar os contributos para a criação da teoria de recuperação sustentável.

Dentre os objetivos específicos, buscou-se ponderar a dificuldade sistêmica da unificação dos processos concursais empresariais e o procedimento da insolvência civil, além de verificar os limites sistêmicos da criação da teoria de recuperação sustentável.

A investigação adotou a isonomia como marco teórico, na medida da compreensão de Luis Alberto Warat. Nesse contexto, partiu-se da afirmação de que todas as pessoas, em condições isonômicas, podem ter acesso a mecanismos de recuperação, não havendo, nos dias atuais, fundadas razões de direito para tratamentos distintos entre elas.

No curso da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, uma vez que foram assumidas compreensões gerais, tal como a isonomia, para se chegar a conclusões pontuais, a exemplo do direito de todas as pessoas superarem a crise.

Assim, após a introdução da pesquisa no primeiro capítulo, buscou-se, no segundo, compreender a existência de crises endógenas, relativas ao âmbito interno dos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que se cuidou de esclarecer que as crises exógenas, relativas ao mercado são cíclicas e, portanto, recorrentes.

Partindo da premissa da recorrência das crises, tratou-se de investigar os efeitos das crises econômicas para o setor público, para o setor privado, assim como o inevitável abalo perpetrado na confiança e no crédito.

Nesse contexto, no terceiro capítulo, investigaram-se quais são as respostas estatais às crises, sendo identificadas as propostas econômico-fiscais, assim como as escolhas políticas e as respostas jurídicas para o enfrentamento da turbulência econômica dos agentes no mercado.

No quarto capítulo verificou-se a necessidade de promover uma releitura jurídica do crédito em uma sociedade que dele depende. Partiu-se, portanto, de uma nova análise da disciplina jurídica de tal instituto.

Investigou-se o crédito como uma potencialidade para o desenvolvimento de relações jurídicas, sustentado na autonomia privada e na função social da qual é dotado. A partir dessa premissa, enfrentou-se a proposição do crédito como um direito fundamental no contexto da

construção de um Estado Democrático de Direito.

Notadamente, foi preciso sopesar as noções de eficiência e de direito no ambiente de mercado, alcançando-se conclusões indispensáveis para o núcleo desta tese.

Uma vez concluídos os capítulos de fundamentação, passou-se ao desenvolvimento do quinto capítulo, no qual foram delineados os sistemas de insolvência, sejam eles liquidatários ou recuperatórios.

Pesquisou-se o panorama histórico das normas relativas à insolvência que contribuíram para a formação do direito brasileiro, o que permitiu a compreensão do atual estágio normativo no Brasil.

Foram investigados os mecanismos de soerguimento dos devedores previstos no Brasil, assim como foram apontados os tratamentos específicos conferidos aos devedores que não possuem acesso à recuperação.

Destacou-se a previsão de institutos recuperatórios em diversos ordenamentos de outros Estados, dentre os quais se sobressaíram o sistema francês e o norte-americano, cada qual com seu viés, social ou liberal.

Embora analisado e explicitado em toda a extensão deste relatório de pesquisa, o objeto da presente tese foi abordado com mais detalhes a partir do sexto capítulo.

Observou-se a subserviência do direito frente aos interesses econômicos e a necessária superação da prevalência do econômico sobre o jurídico.

Buscou-se analisar a unificação dos processos concursais e propor uma teoria da recuperação sustentável, segundo a qual todo e qualquer agente econômico teria acesso a um sistema de recuperação em momentos de crise. Segue-se a essa proposta o requisito da sustentabilidade como fundamento indispensável da viabilidade da recuperação e da estabilidade econômica do devedor em crise.

As conclusões decorrentes desta pesquisa não são, por certo, definitivas e, tampouco, são pretensamente irrefutáveis. O corte metodológico evidenciado na compreensão do direito de recuperação como desiderato da dignidade da pessoa inclina à conclusão apresentada. Contudo, a abertura ao debate permitirá, sempre, uma reanálise em prol da ciência.

2 OS CICLOS ECONÔMICOS E A RECORRÊNCIA DA CRISE

2.1 As origens da crise econômica

A palavra crise tem origem etimológica grega (krísis ou κρίση). Geralmente associado a um momento decisivo no curso de uma doença, o termo passou a designar um *momento crítico, uma conjuntura perigosa, uma situação anormal e grave*, a exigir análise, reflexão e decisão.¹

A crise representa, portanto, uma ruptura, uma descontinuidade e traz consigo o anseio por mudanças (FONSECA, 2014, p. 298). Tem-se a percepção de que aquilo que foi já não é mais. Nas palavras de Streck (2004, p. 873), quando o velho morre e o novo não nasce, está-se em crise.

Embora haja diversos sentidos para expressar o seu conceito e os seus vários significados,² passa-se a adotar a ideia de crise em um sentido particular, qual seja, o econômico. Mesmo nesse aparte, em sua acepção estrita, o sentido é o mesmo do conceito genérico.

A economia, sobretudo a de mercado, é caracterizada como cíclica, alternando momentos de ascensão e de depressão. Nos períodos de depressão, tem-se a constatação de uma das quatro grandes fases dos ciclos econômicos, as quais foram estudadas e integradas à teoria econômica tanto por Schumpeter quanto por Mises.³

As quatro fases cíclicas correspondem ao *boom*, à depressão, à recessão e à recuperação. É perceptível que a crise econômica é um desiderato do ciclo econômico nos momentos de depressão.

Tem-se por *boom* a fase de expansão da atividade econômica até o momento do seu auge. A fase da depressão ocorre na sequência quando se verifica a queda dos indicadores econômicos. Já o período de recessão é constatado quando a depressão se estende por mais de

¹ Confirmam-se os diversos significados da palavra “crise” em distintas áreas do conhecimento em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=crise>>.

² O modelo de vida desenvolvido nos últimos séculos, sobretudo no mundo ocidental, tem desencadeado uma sucessão de crises, a saber, climática, hídrica, migratória, de biodiversidade, de combustível, de alimentos, dentre outras. Tais crises promovem um repensar, uma abertura para novos modelos e práticas. A partir dessa análise, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente de 2011 intitulado os “Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza – Síntese para Tomadores de Decisão”, propôs uma nova economia denominada de economia verde (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

³ Murray Rothbard afirma que a teoria de Mises sobre os ciclos econômicos tem como ponto de vista as consequências da intervenção no livre mercado promovidas pela expansão do crédito bancário: “The Mises theory is, in fact, the economic analysis of the necessary consequences of intervention in the free market by bank credit expansion” (ROTHBARD, 2000, p. 4).

dois trimestres consecutivos. Por sua vez, a recuperação é etapa em que os indicadores econômicos melhoram e inicia-se um novo ciclo econômico até alcançar o *boom*.

Keynes associa a crise ao movimento cíclico da economia:

Contudo, para que a nossa explicação seja adequada, devemos incluir outra característica do chamado ciclo econômico, ou seja, o fenômeno da *crise* — o fato de que a substituição de uma fase ascendente por outra descendente geralmente ocorre de modo repentino e violento, ao passo que, como regra, a transição de uma fase descendente para uma fase ascendente não é tão repentina. (KEYNES, 1996, p. 273).

Os ciclos econômicos carregam em si a crise como um elemento natural. É próprio do capitalismo o processo de mutação que revoluciona a estrutura econômica gerando novas fases, destruindo o antigo e produzindo o novo. Denomina-se tal processo de destruição criadora (SCHUMPETER, 1997, p. 4).

A crise é um elemento básico da economia; é inerente ao seu conceito. Embora seja inegável sua recorrência, impõe-se assumir que as mais de trezentas crises econômicas experimentadas ao longo dos últimos séculos possuem conotações e origens distintas (MACHINEA, 2010, p. 102).

As distinções que marcam as origens e o alcance das crises são evidentes se for estabelecida uma comparação entre as duas mais destacadas pela literatura especializada, quais sejam, a de 1929 e a de 2008. A de 1929, conhecida como a *Grande Depressão*, marcou o século XX por ter sido a crise que abalou diversos setores da economia.

A principal causa dessa crise está na reestruturação da economia europeia no período pós Primeira Guerra, acarretando uma diminuição da demanda por produtos norte-americanos, do que resultou uma superprodução encalhada e, conseqüentemente, gerou queda nos preços dos produtos, quedas nas vendas e na produção industrial em diversos países do mundo, ao mesmo tempo em que desencadeou altas taxas de desemprego e acentuada queda nos valores das ações (DUARTE; HERBST, 2013, p. 18-19).

Por seu turno, a crise de 2008, denominada de *Crise Financeira*, atingiu um patamar mais grave do que a de 1929, exigindo amplas respostas da política econômica. Essa é uma conclusão possível a partir da análise de três fatores combinados, quais sejam: i) a amplitude do mercado financeiro, maior do que o produto dos países desenvolvidos; ii) a inter-relação das instituições financeiras no mundo globalizado, e; iii) a falta de transparência do sistema financeiro, que não tem precedentes (MACHINEA, 2010, p. 102).

Portanto, pode-se afirmar que a crise financeira de 2008 destaca-se em relação à crise de 1929 pela atual existência de interconexões econômicas mais profundas entre os mercados,

pela assimetria de informações e um clima de incerteza, além da notória ausência de regulação do mercado financeiro (MACHINEA, 2010, p. 104).

Independentemente da dimensão das crises econômicas e das suas causas, importa saber que elas compõem a essência do sistema econômico capitalista. As oscilações econômicas têm na depressão uma de suas fases que, travestida de crise econômica, afeta em maior ou menor grau tanto o setor público quanto o privado.

Embora esteja presente há algumas décadas o paradigma da sustentabilidade em prol da estabilidade atual e futura, quer no âmbito econômico, ambiental ou social, a imperfeição do modelo capitalista não afasta a crise, mas a reconhece como elemento intrínseco aos ciclos econômicos. Mais ainda, o sistema capitalista não é, a um só tempo, coerente e completo. Ao ser coerente com seus princípios, surgem problemas que ele não pode solucionar e, se os soluciona, torna-se incoerente. Em outros termos, a subsistência do capitalismo exige um crescimento ilimitado, que pressupõe a existência de mercados e economias virgens e, como não há, carrega em si o gérmen da crise (BAUMAN, 2010, p. 27).

Diante do paradigma da sustentabilidade, é de se indagar o porquê, então, da recorrência das crises. Sobre esse questionamento, Machinea (2010, p. 105) pondera que existem diversas posições doutrinárias, inclusive uma bipartida que, de um lado está erigida em torno da ideia de que as crises são consequência das equivocadas intervenções estatais e, de outro, que afirma serem as crises o resultado natural do funcionamento do mercado.⁴

Aqueles que aderem a primeira ideia afirmam que está no próprio mercado a prevenção e as soluções para as crises. Por sua vez, aqueles que acreditam que crises correspondem ao resultado natural do mercado, sustentam que é necessário melhorar ou mudar totalmente as regulamentações a fim de evitar ou reduzir o comportamento cíclico do sistema.

Outra forma de analisar as origens da crise consiste em percebê-las a partir de dois centros, a saber, as origens *endógenas*, que acometem determinados agentes econômicos por causas internas e, por outro lado, as *exógenas*, que derivam do cenário econômico e repercutem tanto nos agentes econômicos privados quanto públicos.

As causas internas são comumente relacionadas, no caso das pessoas jurídicas, à má-gestão, revelada por meio de gerenciamento deficiente, chefia ou liderança autocrática, percepções e decisões estratégicas equivocadas (PEREZ, 2007, p. 77).

No caso das pessoas naturais, em especial das consumidoras, as causas mais comuns

⁴ Há, ainda, posicionamentos extremos que sustentam propostas de, inclusive, extinção de alguns mercados (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 77).

estão relacionadas à tomada do crédito, cujos fundamentos são os mais variados, partindo-se da redução do estado de bem-estar, com a supressão da educação pública e da assistência médica de qualidade, por exemplo, que onera o orçamento das famílias, até a ausência da educação financeira, hábil a ensejar um comportamento consumista das pessoas naturais (LIMA, 2014, p. 35-37).

Quanto às origens externas da crise, estas possuem ligações mais comuns com o mercado, com o cenário, com a conjuntura política, econômica e socioambiental, que afetam tanto as pessoas jurídicas (empresárias ou não), quanto as pessoas naturais (consumidoras ou não).⁵

É possível concluir que as origens de cada crise são variadas e dizem respeito às questões relativas ao momento histórico e ao lugar no qual ela eclode, sendo viável afirmar, contudo, que a gênese delas está no próprio sistema capitalista. O que se destaca é a oportunidade de mudanças que a crise traz consigo, pois ela permite “uma análise retroativa dos fatos e das relações de causa e efeito e a projeção criadora para o futuro” (FONSECA, 2014, p. 298).

2.2 Os efeitos da crise para o setor público

A crise econômica afeta todos os setores, inclusive o público; este compreendido tanto como o âmbito de atuação da administração pública, como também, a área de interesse do público em geral.

Assim, a crise alcança o Estado na condição de empresário, hipótese na qual há uma intervenção direta na economia em setores estratégicos ou de relevante interesse coletivo.⁶ Nesse ponto, a esfera pública sofre os mesmos efeitos percebidos pelos agentes privados, tais como variação nos preços, diminuição da demanda, restrição ao crédito, dentre outros.⁷

Esses efeitos da Crise Financeira foram objetos de estudos em diversas áreas do

⁵ Perez sintetizou as principais causas externas que provocam a crise dos agentes econômicos e que, também, podem levar a uma crise generalizada no mercado: “São potenciais causas externas: flutuações macroeconômicas com reflexos nas suas principais variáveis: juros, câmbio, renda disponível, etc., alterações nas políticas econômicas, nível de atividade econômica, patamar de taxa de juros e custo do capital, burocracia, carga tributária, problemas soberanos ou de natureza política, terrorismo, mudanças regulatórias, entrada de concorrentes poderosos, mudanças sociais e na preferência do consumidor, evoluções tecnológicas, escassez ou aumento de custos de matérias-primas e de outros insumos de produção, prática de dumping, informalidade da economia e concorrência desleal, falta de infra-estrutura logística, desastres naturais, greves, problemas sociais etc.” (PEREZ, 2007, p. 72).

⁶ O art. 173 da Constituição da República Federativa do Brasil limita a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, autorizando-a somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁷ Ressalvam-se os casos de tarifa pública e outras modalidades de preços públicos, cuja dinâmica não necessariamente seguem as oscilações de mercado.

conhecimento e, em muitos trabalhos acadêmicos, restaram evidenciadas diversas marcas da Crise Financeira no âmbito público, tais como a desvalorização cambial, a queda na taxa de emprego, dentre outros (FERRAZ, 2013, p. 30).

Não obstante, outros efeitos também foram destacados pela doutrina que analisa a Crise Financeira, tais como, a remessa de capitais para o exterior, a contração do crédito internacional, além da queda dos investimentos diretos no Brasil. Isso impacta o mercado e exige do setor público medidas de enfrentamento para restabelecer o cenário econômico a um patamar de estabilidade e de credibilidade, propício ao investimento e à retomada do crescimento.

Esse enfrentamento demanda ações não apenas de cunho econômico, mas também, de conotações políticas, sociais e jurídicas; todas hábeis a garantir os interesses públicos e o cumprimento da constituição econômica.⁸

Note-se que a crise e seus efeitos atingem frontalmente as empresas e as pessoas, além do próprio setor público. Nesse contexto, a crise conduz o Estado a intervir no domínio econômico, seja direta ou mesmo indiretamente, com a finalidade de manter o equilíbrio da economia e a diminuir os impactos da recessão, constatando-se, com esse pedido de intervenção estatal, um contraponto ao modelo neoliberal, especialmente na Europa e nos Estados Unidos da América⁹ (ALTVATER, 2010, p. 102; BAUMAN, 2010, p. 33; SANTOS, 2011, p. 12-13).

Os efeitos da crise para o setor público - assim compreendido como espaço de

⁸ Giovani Clark destaca que a participação dos diversos atores sociais é mecanismo hábil na formulação de proposições das políticas econômicas com vistas a não se afastar dos comandos da constituição econômica: “Apesar do poderio do capital privado e de sua forte influência na engrenagem produtiva e nos mercados de consumo dos Estados Nacionais, em razão da ‘globalização’, existe a possibilidade da formulação de políticas econômicas endógenas por parte daqueles Estados, distintas das engendradas pelo poder econômico internacional, a serem construídas pelos atores sociais nacionais, dentro dos diversos espaços internos de poder (parlamentos, conselhos, fóruns, câmaras setoriais, judiciário), e afirmadas no plano internacional, a fim de que as ditas políticas econômicas estatais não se afastem dos comandos das Constituições Econômicas e das carências socioeconômicas dos povos” (CLARK, 2008).

⁹ António Carlos dos Santos sintetiza quais foram os princípios da intervenção na economia fixados pelo Conselho Econômico Financeiro da União Europeia: “São os seguintes os princípios de orientação e coordenação da acção da UE e dos Estados-Membros (EM) enumerados por este Conselho: as intervenções deveriam ser oportunas e o apoio, em princípio, temporário; os EM deveriam estar atentos aos interesses dos contribuintes; os accionistas deveriam suportar as consequências normais da intervenção; os EM deveriam estar em condições de introduzir alterações no plano da gestão; os gestores não deveriam conservar lucros indevidos, podendo os governos ter a possibilidade de intervir a nível das remunerações; deveria ser protegido o interesse dos concorrentes, em especial através das regras dos auxílios de Estado e, finalmente, deveriam ser evitados efeitos de propagação negativos. A prevenção do risco sistémico tornava-se assim muito mais importante do que garantir o princípio liberal do risco moral (moral hazard). [...] Este plano começou a ganhar contornos em 25 de Outubro, com a definição das orientações sobre auxílios estatais às instituições financeiras, em particular dos critérios relevantes para a determinação da compatibilidade desses regimes com o Tratado da União Europeia.¹⁴ São assim definidos critérios para outorga de garantias que cubram o passivo das instituições financeiras, para a introdução de regimes de recapitalização dessas mesmas instituições, bem como para a sua liquidação controlada” (SANTOS, 2011, p. 12-13). A íntegra do comunicado à imprensa está disponível no sítio do Conselho da União Europeia. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/pt/ecofin/103568.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

interesse público, também possuem conotações de retrocesso social (SILVA, 2011, p. 207). Notadamente, a crise econômico-financeira instalada exige uma série de medidas de austeridade por parte das autoridades públicas que comumente estão relacionadas ao corte do conjunto de programas de bem-estar social e ao aumento da taxa básica de juros, dentre outros.

As ações do governo, sobretudo daquelas alinhadas a uma ideologia neoliberal – mas, que por vezes, são adotadas por governantes qualificados como de orientação política de não liberal –, estão baseadas no corte de direitos e de benefícios sociais e possuem como justificativa a necessidade de encontrar um equilíbrio fiscal (COMPARATO, 2013, p. 45).

A experiência de países em desenvolvimento, especialmente os latino-americanos, asiáticos e africanos, de sujeição às imposições das autoridades monetárias internacionais (Fundo Monetário Internacional – FMI, Banco Mundial e outros) passou a ser a realidade de países europeus a partir dos anos 2000 e, mais acentuadamente, a partir da Crise Financeira de 2008.

Nesse contexto, Grécia, Portugal e Espanha são exemplos da periferia europeia que passou a conviver com imposições de modelos econômicos da Troika,¹⁰ que exigem um arrocho nas contas em troca da concessão de auxílios.¹¹

Seja na Europa ou na América Latina, as imposições possuem um caráter de proteção aos mercados e aos investidores, acompanhada de um aperto nas contas que sugere uma limitação dos gastos públicos, aumento de tributos, desregulamentação do mercado e privatizações.

Em especial, atrai atenção o fato de que a limitação nos gastos públicos possui conexão direta com a limitação de programas de amparo social, cujos benefícios, segundo a lógica liberal, devem ser ofertados (e cobrados) pelos agentes privados de mercado, pois estes seriam mais eficientes do que o Estado.

Contudo, o corte de programas e benefícios sociais de imediato, sem a substituição programada e paulatina de sua oferta pelos agentes de mercado acarreta retrocessos sociais severos. Sem questionar se a medida de cortes é ou não salutar, importa observar que o seu corte em um momento de crise, como sói ocorrer, é demasiadamente penoso para a sociedade.

¹⁰ A expressão *Troika* no cenário europeu recente serve para designar os três organismos que socorrem com crédito os países necessitados, sempre com a imposição de modelos econômicos e demais exigências. São eles o Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a Comissão Europeia.

¹¹ Vozes da academia sustentam a necessidade de se criar um sistema falimentar para Estados soberanos como forma de superar a crise: “Implementing a bankruptcy regime is the best response to the debt crisis that many sovereign debtors face. For a number of years, economists and legal scholars found justifications for a bankruptcy regime. Principles that are found in U.S. bankruptcy law are essential to protect both creditors and debtors, such as an automatic stay, a system of priorities among creditors, and the ability of a debtor to access priority financing” (NGUYEN, 2012, p. 715).

2.3 Os efeitos da crise para o setor privado

Do mesmo modo como os efeitos da crise econômica atingem de forma ampla o setor público, fazem-no com o setor privado. As consequências da crise econômica, de forma direta ou indireta, decorrendo ela do mercado interno ou externo, alcançam a esfera privada, desde as grandes empresas, até a pessoa natural.

Dado ao fato de estar o mundo interconectado, sobretudo em termos econômicos, as crises localizadas em qualquer parte do globo podem alcançar uma escala mundial. É o que se tem percebido nos recentes períodos de turbulência econômica.

Os efeitos da crise para a iniciativa privada são variados e, em alguns setores específicos da economia, podem até representar uma oportunidade, uma externalidade positiva, inclusive com o aumento dos lucros. Isso pode ocorrer pelo fato de que as oscilações econômicas reajustam a oferta e a demanda, o câmbio, dentre outros indicadores econômicos. Assim, por exemplo, uma empresa exportadora que mantiver estáveis os custos e a demanda por seus produtos ou serviços pode ter um aumento nas receitas se a cotação do câmbio subir e seus contratos não forem pré-fixados.

Contudo, apesar de haver oportunidades nas crises, o que se constata como regra não é a abertura de novos negócios e crescimento, mas sim, a recessão. Com isso, os impactos gerados para as empresas e para as pessoas são severos.

Alguns dos efeitos mais comuns consistem no encarecimento do crédito, que passa a ser concedido de forma mais criteriosa, além da queda na taxa de emprego e renda, da oscilação forte do câmbio, da contração da demanda por bens e serviços, do reajuste dos preços, dentre outros impactos.

As variações percebidas pelas empresas e pelas pessoas revelam uma cadeia, segundo a qual, diminuindo o consumo (demanda), diminui-se a produção. Logo, reduz-se a demanda por mão-de-obra, o que gera desemprego, queda de renda e do poder aquisitivo das pessoas. Dessa forma, a consequência imediata é a redução do consumo (demanda).

Em decorrência do arrefecimento da economia, acentuam-se os pedidos de falências de sociedades empresárias, as intervenções, as liquidações e o reconhecimento de insolvência civil. Além desses casos que chegam ao Judiciário e são passíveis de mensuração,¹² outras

¹² A Serasa Experian mantém, desde 1991, um indicador de falências, concordatas e recuperação de empresas. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm> Acesso em: 09 fev. 2016.

tantas situações de insolvência ocorrem sem que se tornem oficiais em razão da inexistência de pedido de prestação jurisdicional.

Por outro lado, nos momentos de crise sobressaem os seus efeitos sociais. Com a desaceleração da economia, sociedades empresárias vão à falência, demitem empregados e/ou realizam cortes. Os empregados sofrem com a queda da renda e, com isso, passam a ter acesso restrito aos bens e serviços, inclusive àqueles que garantem uma existência digna.

A superação da fase de depressão econômica é extremamente difícil e comumente não é alcançada apenas pelos próprios ajustes do mercado, sendo necessária a intervenção estatal para recuperar a confiança. Tal postura intervencionista é defendida por muitos teóricos alinhados às ideias de Keynes,¹³ ainda que comporte fiéis opositores.¹⁴

2.4 O abalo na confiança e no crédito

Há no mercado uma tendência à racionalidade como regra de comportamento do *homo economicus*.¹⁵ Entretanto, o comportamento do mercado como um todo não obedece a um padrão sempre previsível e racionalmente explicável, havendo espaço para a incerteza.¹⁶

Essa incerteza atinge os agentes econômicos em seus planejamentos básicos, tais como onde, quanto, como e o quê produzir. Isso significa dizer que, *a priori*, a produção é incerta, embora seja definidora do nível de emprego. Do mesmo modo, a decisão de investir é incerta, tendo-se por base a expectativa de rendimento, não obstante os investimentos definam o nível de renda (AFONSO, 2012, p. 23).

A incerteza inerente ao mercado faz com que o agente econômico,¹⁷ especialmente o empresário, tenha uma tendência a seguir o que a maioria dos demais empresários acredita, mais até do que ele próprio julga apropriado. Em verdade, ao analisar o comportamento de

¹³ Diversos economistas desenvolveram as ideias do economista inglês John Maynard Keynes, dentre eles Amartya Sen, Joseph Stiglitz, Paul Samuelson e Celso Furtado.

¹⁴ A oposição ao pensamento de Keynes encontra campo fértil na denominada Escola Austríaca, cujos ensinamentos estão alicerçados nas teorias de Ludwig von Mises. Dentre as ideias defendidas pelos seguidores de Mises estão a defesa da economia de mercado e a oposição às intervenções estatais nos mercados e na sociedade.

¹⁵ Registra-se como “tendência”, pois existem correntes teóricas que reconhecem uma limitação da racionalidade, como é o caso da Nova Economia Institucional, e sustentam que as escolhas dos indivíduos obedecem a fatores não necessariamente econômicos como o altruísmo, as preferências, as ideologias, etc.

¹⁶ Em 2001 os economistas George Arthur Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz foram agraciados com o Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel pelo desenvolvimento da análise de mercados com informação assimétrica, demonstrando a abrangência e a interferência do campo de incertezas em mercados.

¹⁷ O termo agente econômico utilizado na presente tese expressa o conceito de um indivíduo, um conjunto de indivíduos, uma instituição ou um conjunto de instituições que, por meio de suas decisões autônomas, são capazes de influenciar a economia ao apoderarem-se de recursos econômicos.

outros agentes, o empresário está observando um dos dados do mercado. Embora a tendência possa não funcionar sempre, o que se verifica é a existência de uma *convenção* em torno das expectativas do mercado.

Significa dizer que, se há um sentimento comum de que a situação dos negócios será mantida até que existam razões concretas para acreditar em uma mudança, estamos diante do conceito keynesiano de *convenção*, que serve de base para o empresário definir a produção e o investimento (KEYNES, 1996, p. 162-163).

Havendo a ruptura das convenções em razão do aumento da incerteza quanto ao futuro do mercado, passa-se à insegurança no que diz respeito à produção e ao investimento, levando todos a preferirem ativos com maior grau de liquidez, investir e produzir com mais cautela.

A fuga para a liquidez, em momentos de crise, evidencia a retirada de investimentos e diminuição da produção (AFONSO, 2012, p. 26). Consequentemente, reduz-se o nível de emprego, de renda, da produção, dos investimentos, da arrecadação estatal, etc. Com a ausência de regulação e de fronteiras para o capital, este foge das incertezas de um mercado em busca de outro que garanta lucros estáveis.

O abalo na confiança traz consigo diversos efeitos, sobretudo em relação ao crédito. Havendo incertezas sobre o futuro do mercado, o crédito encarece e passa a ser concedido de forma mais seletiva. Notadamente, a atividade econômica de modo geral, arrefece ante à dificuldade na obtenção de crédito que estimule o consumo e favoreça a produção.

A crise financeira instalada em 2008, cujos efeitos repercutiram nos anos seguintes, evidenciou as consequências do clima de desconfiança do mercado. Luc Ferry (2010, p. 15) relata que a crise financeira repercutiu em diversos setores da economia produzindo os efeitos negativos da perda de confiança cujas consequências imediatas foram sentidas no nível de emprego, no consumo e no poder de compra, dentre outros.

Diante da depressão, momento no qual o clima de insegurança generalizada prevalece, uma questão sempre provocou acalorados debates, qual seja, se o Estado deve ou não intervir na economia para restabelecer o clima de confiança. Embora a corrente neoliberal proponha a ausência do Estado, relegando apenas ao mercado a competência para a busca da superação da crise, a depressão de 2008 demonstrou que a intervenção estatal foi necessária e crucial para o processo de retomada do crescimento e da confiança.¹⁸

¹⁸ POSNER (2009 p. 213), ao analisar a intervenção do Estado na economia levada a efeito diante da Crise Financeira exarou que ninguém seria capaz de prever os efeitos desastrosos se não houvesse o auxílio estatal: “Neither economists nor business forecaster can tell us with any confidence how far the economic downturn would go if there were no further government intervention, what the social costs effective and long-term cost of various types and levels of intervention would be.”

Diversas críticas foram lançadas sobre a intervenção estatal na economia, não apenas por motivos ou posicionamentos ideológicos, mas também em razão das grandes cifras despendidas para salvar a economia, em especial o sistema financeiro, à custa dos contribuintes.¹⁹

Nesse sentido, Mises é enfático ao criticar o modelo de constante intervencionismo.²⁰ Analisando a dualidade de sistemas (capitalista e socialista), Mises afirma que a intervenção não tem viabilidade prática para ser uma terceira via.²¹ Significa dizer que, se houver intervenção, os Estados tendem ao socialismo.²²

O posicionamento keynesiano, propugnado por seus seguidores, justifica a intervenção estatal na economia, porém, apenas em momentos de depressão, com a finalidade de reverter a ruptura das *convenções* sobre o mercado (AFONSO, 2012, p. 27). Assim, a decisão autônoma (do Estado) de enfrentar a crise reflete uma resposta que combine aumento dos gastos públicos, do déficit e da dívida, como um fator expansionista, que supostamente amplia a demanda, agindo no sentido contrário ao impulso contracionista das empresas e das famílias.

O aumento da demanda efetiva em sentido anticíclico ao da recessão seria aplicado a um patamar suficiente para reverter o clima de incerteza prevalecente e restabelecer as

¹⁹ Bauman descreve de forma sucinta as ações do Governo inglês, assim como do Governo norte-americano na tentativa de salvar o mercado do colapso de 2008: “Depois que o primeiro-ministro Gordon Brown saiu em resgate de algumas instituições do setor bancário na Grã-Bretanha, em seguida ao primeiro choque da crise financeira global de setembro de 2008, veio a ação de Washington, com um pacote de bilhões de dólares para salvar Wall Street e, mais tarde, para socorrer os bancos americanos. Logo em seguida, outros setores anteciparam-se à esmola e mansamente estenderam suas mãos implorando ajuda” (BAUMAN, 2010, p. 39). No mesmo sentido, António Carlos dos Santos sintetiza o que estaria por trás de todos os esforços envidados pelos contribuintes, em contraposição às propostas dos Estados-Membros liberais da zona do Euro: “Fica, infelizmente, a suspeita que, na base desta súbita mudança, esteja a estratégia do capital financeiro e das suas instituições virada para a afirmação e consolidação do seu poder. De facto, o sistema financeiro europeu foi salvo do crédito malparado (e, não raramente, de ilícitos criminais) pelo dinheiro dos contribuintes. Na Europa, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, não foram, até agora, exigidas aos bancos e instituições financeiras quaisquer contrapartidas sérias” (SANTOS, 2011, p. 21).

²⁰ Para Mises, as intervenções não alcançam os objetivos a que ela se propõe, sobretudo pelo fato de que as intervenções, embora gerem riqueza, promovem desequilíbrios: “The various measures, by which interventionism tries to direct business, cannot achieve the aims its honest advocates are seeking by their application. Interventionist measures lead to conditions which, from the standpoint of those who recommend them, are actually less desirable than those they are designed to alleviate. They create unemployment, depression, monopoly, distress. They may make a few people richer, but they make all others poorer and less satisfied” (MISES, 1998, p. 91).

²¹ Na concepção da escola austríaca, o modelo de livre Mercado é o único que coaduna com democracia e Liberdade: “Mankind has a choice only between the unhampered market economy, democracy, and freedom on the one side, and socialism and dictatorship on the other side. A third alternative, an interventionist compromise, is not feasible” (MISES, 1998, p. 92).

²² Segundo Mises, a intervenção de Estados socialistas: “If governments do not give them up and return to the unhampered market economy, if they stubbornly persist in the attempt to compensate by further interventions for the shortcomings of earlier interventions, they will find eventually that they have adopted socialism” (MISES, 1998, p. 91).

convenções. Desse modo, as decisões dos agentes econômicos sobre a produção e sobre o investimento poderiam ser tomadas tendo por base a existência da demanda efetiva induzida pelo Estado com a finalidade de manter o clima favorável de investimento e a manutenção dos níveis de emprego.²³

A confiança e o crédito são, portanto, elementos essenciais na economia de mercado capitalista. A ausência de um desses elementos afeta a estabilidade econômica e pode levar a depressões com efeitos danosos à economia e aos agentes econômicos de modo geral.

²³ Keynes explica que sua teoria não se restringe apenas à recuperação do clima de confiança dos agentes de mercado, mas que relegar à expectativa das decisões humanas somente aos cálculos matemáticos seria igualmente insuficiente: “Não devemos concluir daí que tudo depende de ondas de psicologia irracional. Pelo contrário, o estado de expectativa a longo prazo é, no mais das vezes, estável e, mesmo quando não o seja, os outros fatores exercem seus efeitos compensatórios. O que apenas desejamos lembrar é que as decisões humanas que envolvem o futuro, sejam elas pessoais, políticas ou econômicas, não podem depender da estrita expectativa matemática, uma vez que as bases para realizar semelhantes cálculos não existem e que o nosso impulso inato para a atividade é que faz girar as engrenagens, sendo que a nossa inteligência faz o melhor possível para escolher o melhor que pode haver entre as diversas alternativas, calculando sempre que se pode, mas retraindo-se, muitas vezes, diante do capricho, do sentimento ou do azar” (KEYNES, 1996, p. 170-171).

3 AS RESPOSTAS ESTATAIS À CRISE ECONÔMICA INSTALADA

3.1 As propostas econômico-fiscais

A partir do modelo teórico que propugna a intervenção estatal na economia, tem-se que o Estado pode atuar não apenas como agente econômico que faz intervenção direta na qualidade de Estado empresário. A intervenção na condição de Estado regulador tem lugar, sobretudo, em momentos de crise e, como ocorreu no ciclo que precedeu o ano de 2008, a ausência dessa regulação pode ser decisiva para a eclosão da depressão.

Esse Estado que regula a atuação dos agentes econômicos não se reduz ao antagonismo entre a liberdade privada e a ingerência estatal (CASSESE, 2010, p. 50).

Como regulador, o Estado estabelece as regras e os procedimentos do mercado, em especial por meio de autoridades às quais são conferidos os poderes de controle ou de execução, como é o caso das agências reguladoras, do Banco Central, dentre outros.

Em momentos de crise, várias podem ser as respostas estatais para o seu enfrentamento. Desde um modelo neoliberal, até o modelo intervencionista, há propostas das mais diversas. Ainda, podem coexistir respostas econômicas, políticas e, também, as respostas jurídicas propriamente ditas.

As respostas econômicas podem ser variadas na depressão. Para Keynes (1996, p. 194), deve o Estado conferir mais atenção à política fiscal do que às demais políticas econômicas, inclusive à monetária. A necessidade de se criar demanda não seria resolvida com política monetária, sendo forçoso lançar mão de uma política fiscal firme, elevando-se os gastos públicos, o déficit e as dívidas públicas.

O aumento dos gastos públicos como resposta à depressão tem como fundamento a retomada da demanda em um movimento anticíclico. Nesse sentido, não havendo alternativa em ampliar a demanda em momentos de crise profunda, seria justificável o aumento dos gastos públicos para gerar renda e emprego, preferencialmente com bens e serviços úteis à sociedade. Keynes (1996, p. 216) chegou ao ponto de afirmar, em sentido figurado, que o Estado poderia gastar com a abertura de buracos no chão e, após, gastar novamente com o tapamento desses buracos, desde que isso gerasse emprego e renda.

Portanto, de acordo com o modelo de Keynes, o aumento do déficit e das dívidas públicas é necessário, inicialmente, como resposta frontal à ruptura das *convenções* dos agentes econômicos no mercado. Notadamente, o aumento dos gastos que impulsiona a demanda perpassa pelo aumento do endividamento público.

Não obstante, o aumento dos gastos seja apontado como um caminho para a saída da recessão, esses gastos não seriam de recursos públicos apenas. Existe a possibilidade de buscar agentes econômicos no mercado que apliquem seus recursos em investimentos alternativos àqueles de maior liquidez.

Significa dizer que os recursos da iniciativa privada poderiam ser utilizados para atividades que gerassem o aumento de demanda, de renda e de emprego, em vez de serem destinados aos ativos com maior liquidez, que não contribuem para o aumento da demanda efetiva. Essa utilização seria realizada via contratação de empréstimos, busca de investimentos estrangeiros, privatizações e emissão de títulos, por exemplo.

A intervenção de conotação econômico-fiscal deve ser temporária, a ponto de ser adotada apenas para a recuperação do equilíbrio econômico e, tão logo seja superado o estado de crise, deve o Estado se retirar da economia na qualidade de interveniente direto, inclusive para evitar o endividamento excessivo (AFONSO, 2012, p. 43).

3.2 As escolhas políticas

A crise é uma oportunidade. A partir dessa ideia é possível conceber que ela traz consigo a conveniência das mudanças, além da abertura para uma reflexão sobre sistema capitalista e as políticas adotadas, sejam elas econômicas, sociais, ou de qualquer outra natureza.

Nesse sentido, a recessão de 2008 promoveu um repensar e uma difusão das ideias defendidas por uma parcela da sociedade que, há décadas, sugere mudanças em uma série de segmentos da vida em sociedade, em especial no âmbito econômico, social e ambiental. Tendo-se por base o cenário mundial a partir desses três aspectos, importa considerar a que patamar os impactos da globalização e do neoliberalismo – desideratos do capitalismo – conduziram a economia mundial, sendo este o ponto de partida de uma análise propositiva de mudanças.

Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 29) definiu os principais traços dessa economia globalizada, a saber: i) predominância do sistema financeiro e dos investimentos em escala global; ii) processos de produção flexíveis e multilocais; iii) desregulação das economias nacionais; iv) preminência das agências financeiras multilaterais, e; v) baixo custo do transporte.

Dentre outras, as implicações dessa nova economia são resumidas nas seguintes exigências: i) as economias nacionais devem se abrir ao mercado mundial e os preços

domésticos devem ser ajustados ao patamar internacional; ii) as políticas monetárias e fiscais devem ser voltadas para o controle da inflação e da dívida pública; iii) o setor empresarial do Estado deve ser privatizado; iv) deve haver livre mobilidade dos investimentos, recursos e lucros; v) a regulação estatal da economia deve ser mínima, e; vi) a redução do peso das políticas sociais no orçamento e das políticas de transferência de renda deve acompanhar todo o processo de adaptação ao Consenso de Washington (SANTOS, 2002, p. 29-30).

A política neoliberal propagou-se após o Consenso de Washington, pregando o Estado mínimo e o liberalismo econômico. Esse era o cenário quando surgiu a crise de 2008. Após a constatação da recessão, diversas obras apresentaram uma série de críticas ao modelo vigente com ataques às políticas até então adotadas e com propostas de mudanças das escolhas governamentais.²⁴

As críticas apresentadas atacaram a política vulnerável de um Estado curvado à economia e disposto a garantir a *longevidade do mercado* (BAUMAN, 2010, p. 39).

Notadamente, o grau de desenvolvimento e de dívida social em cada país está em um patamar distinto, motivo pelo qual pregar uma política linear em cada canto do mundo só tem razão para facilitar a expansão do capitalismo.

Por décadas as agências multilaterais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, dentre outras, propugnaram o *modus* como cada Estado deveria agir, editando regras para a concessão de empréstimos aos países subdesenvolvidos e classificando os riscos para os investimentos estrangeiros na medida em que eram ou não adotadas as diretrizes das cartilhas das agências.

Após alguns sinais de crise mundial e o seu efetivo reconhecimento em 2008, as proposições do Consenso de Washington restaram desacreditadas, especialmente pelo fato de que as maiores potências econômicas mundiais, inclusive os EUA, viram-se diante do socorro estatal ao mercado – especialmente aos bancos –, em novo sinal de que o liberalismo econômico possui falhas.²⁵

Mas, uma vez colocada à prova a política liberalista, reavivaram clamores políticos para mudar o *status quo*, concebendo a crise econômica como uma oportunidade para

²⁴ Dentre as várias ações nos diversos países do mundo, o Governo Francês constituiu um Conselho, presidido pelo filósofo e ex-Ministro da Educação da França, Luc Ferry, para pensar a sociedade e abalizar as escolhas do governo. A base do relatório apresentado ao Governo Francês resultou no livro “Diante da Crise: Materiais para uma política de civilização”.

²⁵ Um movimento que vem ganhando força no EUA, cujos brasileiros pretendem desenvolver de modo equivalente, consiste no *Tea Party Movement*. Este movimento, de matriz libertária, prega o Estado mínimo, a redução de impostos, dentre outras “crenças não negociáveis” de matriz liberal. Disponível em: <<http://www.teaparty.org/about-us/>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

mudanças. Enquanto as propostas econômicas keynesianas dizem respeito à intervenção do Estado em forma de investimento, as respostas jurídicas almejadas consistem na regulação do mercado (DUARTE; HERBST, 2013, p. 25).

A ausência de normas, que Bauman nominou de política da incerteza, permitiu que o capital não tivesse bandeira (senão a do lucro), fronteira ou rosto (BAUMAN, 2011, p. 182). Considerando que o Estado leva em conta os indicadores econômicos, muitas vezes com subserviência às suas imposições, erigiu-se uma política normativa de total liberdade ao mercado durante as décadas que precederam 2008 e cujos resultados vêm sendo questionados.

As críticas ao capitalismo não são poucas, especialmente se considerarmos as demandas infinitas em face dos recursos finitos e o caráter *parasitário* do sistema econômico capitalista (BAUMAN, 2010, p. 27).

A cada queda da economia, os brados da sustentabilidade ecoam mais alto. Ante as censuras ao modo de produção atualmente predominante, ampliam-se as propostas para novos mercados, tais como o mercado verde, a economia solidária, as empresas sociais, dentre outros (FERRY, 2010, p. 16).

Com base na mesma ideia de sustentabilidade do sistema, repousam críticas sobre o crescimento econômico, fundado em dívidas, e não em riqueza. Essa realidade tornou-se evidente em 2008, posto que ficou claro que a concessão de créditos no mercado imobiliário não era lastreada na renda das pessoas ou das empresas, mas sim, nos bens a serem adquiridos com os empréstimos a elas concedido. Sobre esse ponto, destaca-se que, em 1993, o Governo norte-americano editou o *Commity Reinvestment Act*,²⁶ que obrigou os bancos a concederem créditos aos menos afortunados, não considerando a renda, mas sim o valor dos bens dados em garantia.

Nesse cenário, o crescimento baseou-se em um excesso de endividamento e na sobrevalorização do setor imobiliário. Com o estouro da bolha criada no mercado de imóveis, as consequências foram a crise de confiança, o encarecimento e o difícil acesso ao crédito, o desemprego, além da queda no consumo e na produção (FERRY, 2010, p. 15).

Em razão da política de empréstimos indiscriminados que pressionam as famílias e as empresas é que Luc Ferry (2010, p. 13-14) propõe uma limitação à concessão indiscriminada de crédito, sem qualquer responsabilidade bancária.²⁷ Essa é uma proposta de tutela não só das famílias e das empresas, mas da própria sustentabilidade do sistema.

²⁶ No Brasil um projeto equivalente foi lançado com o nome de “Crédito e *spread* bancário”.

²⁷ Há no Senado brasileiro uma proposta para refrear a ação dos bancos que concedem empréstimos em situações de alto risco. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

É possível concluir que diversos questionamentos sobre o funcionamento do mercado e da própria economia capitalista foram reavivados após 2008. Notadamente, está no centro das discussões a ausência de normas a regulamentar o funcionamento da economia de modo geral e, em especial, do sistema financeiro. Mais ainda, as políticas governamentais também são alvos de questionamentos.

Nesse contexto, as ideias da corrente teórica denominada *nova economia institucional* propõem uma análise da economia tendo por base exatamente as instituições, dentre elas as normas jurídicas. Essa corrente doutrinária, que encontrou no economista Douglass C. North um expoente, esclarece que os agentes econômicos, maximizadores de resultados, ponderam sobre as instituições para a tomada de decisões.

De acordo com a Nova Economia Institucional (NEI), “*instituições*” corresponde ao termo técnico e genérico que os economistas utilizam para representar aquilo que define o comportamento regular e padronizado dos agentes econômicos (BUENO, 2004, p. 362). As regras jurídicas e políticas são definidoras, portanto, do comportamento desses agentes (NORTH, 1995, p. 67).

Para essa teoria, o *marco institucional* desempenha função importante no crescimento de uma economia (NORTH, 1995, p. 95). Portanto, as regras jurídicas e políticas estabelecidas em um determinado mercado podem contribuir para a estabilidade e para o crescimento econômico.²⁸

Em uma análise global, cumpre destacar a necessidade de normas regulamentadoras da atividade econômica em geral, ante a obscuridade constatada após 2008, sobretudo no mercado financeiro. Questiona-se, portanto, quais são as respostas jurídicas para assegurar a estabilidade da economia.

3.3 As respostas jurídicas

O neoliberalismo criou um conjunto de regras para retirar a regulamentação estatal da economia e isso contribuiu para a crise de 2008 (BAUMAN, 2011, p. 182). Por outro lado, a eclosão dessa crise revelou necessária uma maior e melhor comunicação entre o sistema jurídico e o financeiro-econômico (DUARTE; HERBST, 2013, p. 18).

Essa simbiose entre o econômico e o jurídico ultrapassa o debate da lei natural da

²⁸ Fábio Guedes Gomes (2004) analisou os limites e possibilidades de interpretação da nova economia institucional em um trabalho científico. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/art.s/download?id=864>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

economia e alcança um querer político, traduzido em instituições jurídicas, pressuposto elementar de todas as estruturas (IRTI, 2007, p. 47).

Assim, as respostas jurídicas à crise econômica, acaso não estejam postas, devem ser produzidas, mas não de forma casuística e pontual para atender a um clamor momentâneo. É necessária uma reforma estrutural da regulamentação da economia.

O direito deve regulamentar o mercado de acordo com os valores e objetivos cultuados pela sociedade e, sobretudo, erigidos ao patamar constitucional.²⁹ Apenas salvar o sistema financeiro à custa do contribuinte não faz chegar à raiz do problema. O modelo deve ser alterado e isso passa pela regulamentação do mercado, o que significa para alguns o fim de certos mercados, como defende Calixto Salomão Filho (2013, p. 77) ao propor a extinção do mercado de derivativos.

Se é ínsita à economia a ideia de maximizar os resultados, eis aí um ponto de conexão com o direito e com a própria concepção de Estado, que deve maximizar o bem comum. A regulamentação do mercado não deve ser indutora de desigualdades, mas deve o ordenamento revelar aos agentes econômicos as regras postas, de forma clara e com preceitos que não subjuguem os interesses coletivos em face dos privados.

Não deve o direito se curvar à economia, mas sim, contribuir com o desenvolvimento econômico, social e político a partir dos anseios sociais. Nesse sentido, tratar de economia sem considerar o Direito é inviável, pois o sistema jurídico deve regulamentá-la (IRTI, 2007, p. 45).

A intervenção normativa no ambiente econômico, contudo, pressupõe um equilíbrio que permita a um só tempo a regulação das falhas do mercado e a proteção da autonomia privada. Tal equilíbrio demanda uma racionalidade reflexiva “que ultrapasse os limites do direito formal, entendendo que a proteção das autonomias privadas não é suficiente para prover uma substantiva coordenação dos problemas sociais e econômicos” (SCHAPIRO, 2009, p. 298). De igual forma, não se pode centralizar na regulação jurídica “a persecução de todos os fins políticos estipulados” (SCHAPIRO, 2009, p. 298).

Não se trata do direito assumir a responsabilidade legal pelo resultado dos processos sociais. Em uma perspectiva de lei reflexiva, o ordenamento deve limitar-se à instalação, correção e redefinição dos mecanismos de autorregulação. O objetivo é permitir uma

²⁹ Baumam, em sua obra “Vida a crédito” propõe um repensar mais profundo, que envolva o modelo de vida ocidental de matriz capitalista (BAUMAN, 2010).

autonomia privada conjugada com a limitação dos abusos e falhas presentes no mercado.³⁰

Diversos setores do mercado demandam regras, mas, certamente, o setor financeiro é o que mais clama por regulação. Há outra esfera de controle jurídico que tem se mostrado também relevante e exige mais estudo. Essa esfera é da regulamentação em torno do processo recuperatório dos agentes econômicos em estado de crise.

Eis, portanto, um questionamento que se erige em torno da questão, que consiste em saber se o sistema jurídico oferece ao agente econômico uma resposta adequada ao seu estado de crise econômico-financeira.

Notadamente, o direito há que responder aos mais variados reclamos por regulação em prol da estabilidade econômica, considerada em seu aspecto macro. Contudo, torna-se também importante questionar quais são os instrumentos jurídicos disponíveis para o agente econômico insolvente.

Vê-se que a crise, por si só, restringe o acesso ao crédito e as possibilidades de relações jurídicas dele dependentes. Ao atingir o agente econômico, a recessão pode retirar-lhe o crédito necessário no ambiente capitalista de mercado.

A pessoa, a família, assim como as pessoas jurídicas e demais instituições sem crédito estão, a rigor, impedidas de desenvolverem relações jurídicas que as permitiriam ter acesso aos bens e serviços muitas vezes indispensáveis ao seu funcionamento ou existência com dignidade.

É por isso que o estudo dos meios de recuperação do agente econômico se faz necessário e, de igual forma, fazem-se importantes os mecanismos de soerguimento do agente em crise, mais ainda o será se analisarmos sob os prismas da sustentabilidade do sistema e da dignidade da pessoa, postulados que justificam a reinserção do devedor no mercado.

Considerando-se o crédito muito mais do que um valor financeiro disponível ao agente econômico, passa-se a analisá-lo como uma potencialidade para o exercício de relações jurídicas em uma sociedade de matriz constitucionalmente capitalista.

³⁰ Sheuerman (2001, p. 84) pondera que: “Reminiscent of classical formal law, reflexive law hopes to preserve the relative autonomy of distinct social spheres; simultaneously, it breaks with laissez-faire notions of a ‘natural’ Market economy by acknowledging the existence of inequalities endemic to modern capitalism”.

4 UMA RELEITURA DA DISCIPLINA JURÍDICA DO CRÉDITO

4.1 O crédito e o direito em uma sociedade capitalista

A disciplina jurídica do crédito é plural. Infere-se do ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de normas que regulamenta ou tutela o crédito em variados ramos do direito. Contudo, o que ora se propõe é uma disciplina jurídica do *crédito como potencialidade para negócios jurídicos*. Antes de desenvolver essa ideia, cumpre analisar a atual leitura jurídica do crédito.

Afora as concepções econômicas, mas muito próximo a elas, coexistem variantes do conceito de crédito no âmbito jurídico. A primeira análise possível o define como a relação jurídica obrigacional, econômica ou moralmente lastreada, pela qual se obtém uma prestação presente contra promessa de uma prestação futura.

Notadamente, o crédito assumiu um papel singular na economia capitalista e nele são resumidas praticamente todas as atividades econômicas. Sua marca é tão significativa que é possível encará-lo como imprescindível ao mercado, superando o papel de destaque dos demais institutos lindeiros entre a economia e o direito (BARRETO FILHO, 1962, p. 207).

O alcance tão vertiginoso de importância conferida ao crédito em nossa sociedade revela, ademais, outras preocupações das quais cuidou Bauman (2010), crítico do modelo social e econômico no qual a sociedade está imersa.

A concessão do crédito é amplamente difundida em nossa sociedade, muitas vezes para além dos limites do risco. Eis um ponto de corte que reside entre uma concessão criteriosa (regulamentada) do crédito e sua proteção jurídica.

Cabendo ao direito regulamentar o crédito, edificaram-se diversas normas para tal fim,³¹ sobretudo porque o crédito transbordou as fronteiras empresariais e difundiu-se para todos os agentes econômicos, ainda que não sejam empresários. Os diversos ramos do direito regulam o crédito e os seus elementos, tempo e confiança.

No direito das obrigações o crédito está presente e regulamentado como um direito à prestação. Nesse ponto, César Fiuza (2008, p. 286) esclarece que o sentido *stricto* de obrigação é sinônimo de dever jurídico patrimonial. A obrigação é, portanto, o crédito considerado sob o ponto de vista jurídico (BARRETO FILHO, 1962, p. 211).

³¹ Cf. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964; Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965; Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; Instrução CVM nº 467, de 10 de abril de 2008; Instrução CVM nº 475, de 17 de dezembro de 2008.

Os elementos intrínsecos ao crédito, *tempo* e *confiança*, possuem também desdobramentos jurídicos. O tempo revela uma troca de um bem presente por uma promessa de um bem futuro, destacando-se o caráter temporário da obrigação. A confiança (no adimplemento) teria conotações, *a priori*, meta-jurídicas ou morais, às quais o direito cuidou de dar conformação jurídica concreta, nominando-a de garantia.

O crédito, portanto, repousa no direito obrigacional onde encontra sua disciplina jurídica primária. Não obstante, em outras searas, encontram-se regulamentações decorrentes de tal instituto. Isso é ainda mais perceptível no âmbito do direito contratual, empresarial, financeiro e tributário.

Nesse sentido, os títulos de crédito possuem sua gênese na relação jurídica creditícia. Torna-se mais evidente a operação de crédito e a sua tutela quando o título é transferido a terceiro; momento a partir do qual toda a estrutura normativa cambiária protege a existência autônoma do crédito, suas garantias colaterais, além de preservar o credor de boa-fé.³²

O direito contratual, de igual forma, tem estreita correlação com o crédito, nitidamente verificável em sua seara.

As sociedades anônimas, principalmente aquelas que apelam para a economia popular, são dotadas de regras em torno da proteção ao crédito. Em diversas disposições, sua lei de regência atribui responsabilidades em nome da defesa do crédito.³³

Ainda, o direito concursal, que congrega os processos concursais empresariais e não empresariais, engendra o crédito como elemento preponderante, cuja existência é definidora dos deslindes processuais. Seja o processo liquidatário ou o de recuperação, em ambos os casos a presença e a proteção do crédito são cruciais.³⁴

Por seu turno, o direito econômico tem como premissa a ideia de atuação do Estado no sentido de regular a ordem econômica sendo, portanto, necessário ou justificável “o **planejamento** e as regulamentações de **preços** e de **crédito**” (FONSECA, 2014, p. 316, grifo no original).

Em uma escala macro, de definições jurídicas mais amplas que superam a individualidade da análise do crédito, a sua regulamentação no âmbito do mercado financeiro

³² Cf. art. 25 da Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, e o art. 17, do Anexo II, do Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

³³ Cf. os art. 10, 23, 45, 46, 52, 68, § 5º, dentre outros da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

³⁴ Cf. os art. 7º, 151, 84 e 83 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

encontra-se diluída em algumas normas que regulamentam o sistema financeiro nacional.³⁵

Além da disciplina jurídica ora apresentada, o crédito pode ser compreendido como uma condição *a priori* para as relações jurídicas. Significa dizer que o acesso ao mercado para nele praticar os atos quotidianos da vida em sociedade está adstrito ao crédito, sendo este um predicado exigido de qualquer pessoa.

4.2 O crédito como potencialidade para entabulação de negócios jurídicos

O crédito possui uma conformação jurídica de natureza essencialmente obrigacional, consistente na prestação. Contudo, a simbiose entre o direito e a economia revela outras variantes dessa compreensão jurídico-obrigacional.

Há uma face do crédito que é mais perceptível quando este não está presente ou é negado uma vez que ele representa a potencialidade para edificação de negócios jurídicos. Acaso o agente econômico não reúna condições para entabular relações porque está excluído do mercado em virtude de negativação ou outras formas de classificação de crédito, o seu potencial para estabelecer essas relações jurídicas é sensivelmente diminuído e as consequências para o agente podem ser severas (OLIVEIRA, 2014, p. 220).

Em um sistema econômico de matriz capitalista, por definição constitucional no Brasil, o elemento crédito assume papel extremamente relevante e definidor do grau de interações jurídico-obrigacionais entre os agentes econômicos. Mais ainda, a definição sobre a pactuação dos negócios jurídicos tem fronteira na inexistência do crédito, ora compreendido como potencialidade.

Mais além, a interpretação do crédito compreende uma análise que beira a conotação meta-jurídica, como um instituto que interfere diretamente na possibilidade ou não da existência de negócios jurídicos. Decorre daí que, em um sistema com autonomia de mercado,

³⁵ O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é estruturado e regulado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Os órgãos que compõe o SFN tem a atribuição, dentre outros, de exercer o controle do crédito, autorizar e fiscalizar as instituições financeiras, aplicando penalidade, bem como autorizar eventual fusão ou incorporação. Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), regulamentada pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, tem atribuições fixadas no art. 4º, que vão desde assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão, até evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado. Afora as normas ora mencionadas, merecem destaque na regulação do mercado financeiro as normas: i) Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento; ii) Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários; Instrução CVM nº 467, de 10 de abril de 2008, que dispõe sobre a aprovação de contratos derivativos admitidos à negociação ou registrados nos mercados organizados de valores mobiliários e, ainda; Instrução CVM nº 475, de 17 de dezembro de 2008, que dispõe sobre a apresentação de informações sobre instrumentos financeiros, em nota explicativa específica, e sobre a divulgação do quadro demonstrativo de análise de sensibilidade.

aquele que não reúne as condições ou características que o definam como um agente econômico dotado de crédito está marginalizado.³⁶

Vive-se, portanto, em um paradoxo. O mercado compele a sociedade a desenvolver relações sustentadas em bases creditícias. Essa sociedade vê-se amplamente estimulada a viver e a conviver com o crédito. O direito resguarda essas relações conformando-as juridicamente. Os governos estimulam a economia ao promoverem políticas de concessão de crédito, muitas vezes subvencionando-o. Não obstante, quando o agente econômico encontra-se em estado tal que não goza mais da potencialidade para estabelecer relações jurídicas ante ao endividamento, a ele resta o dever de pagar e o impedimento de estabelecer novas relações jurídicas.

Não se trata de sustentar de forma indiscriminada um caráter liberatório da obrigação de cumprir aquilo que fora pactuado na relação jurídica envolvida pelo crédito, mas sim, de propor um caráter libertário das amarras impeditivas de novas relações jurídicas para o agente econômico excluído.

Não é o caso também de supor essa análise do crédito como meta-jurídica, pois ela se volta para o direito na medida em que os elementos que compõe o crédito, tempo e confiança, encontram amparo jurídico, em especial a confiança, que é juridicamente tratada como garantia.

Há de se destacar que aquele que não esteja dotado da capacidade de estabelecer relações jurídicas em face da ausência do crédito pode não ter acesso aos bens mais básicos para a sua subsistência ou o seu funcionamento (se pessoa jurídica). Mais ainda, a questão do crédito como potencial para estabelecer relações jurídicas está intimamente ligada à ideia de tutela ao agente econômico em crise.

Seguindo a tendência de outros países, o Brasil ampliou o acesso ao crédito a partir do momento em que o Plano Real garantiu uma estabilidade econômica. O Banco Central do Brasil, no afã de permitir a concessão de crédito às pessoas de forma mais ampla, implantou um projeto denominado de “Juros e *Spread* Bancário”.³⁷ Ao mesmo tempo em que passou-se a fomentar o mercado, reconheceu-se o crédito como elemento fundamental da economia

³⁶ A disponibilização de recursos financeiros em forma de crédito leva em consideração as variações da economia real e, por seu turno, os agentes econômicos racionalmente alocam seus recursos nos mercados considerando as desigualdades regionais em busca da maximização dos ativos. As escolhas realizadas tendem a manter o status quo das desigualdades regionais sendo, então, necessárias as políticas públicas como forma de atenuar ou reverter esta tendência (PEREIRA JÚNIOR, 2013, p 84-85).

³⁷ O Banco Central do Brasil revela os dados e informa em sua página que: “A partir de outubro de 2001, os temas tradicionalmente abordados nas notas para a imprensa ‘Política Monetária’ e ‘Juros e Spread Bancário’ estão contidos na publicação Política Monetária e Operações de Crédito do Sistema Financeiro” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, s.d.).

moderna que auxilia o crescimento e promove a melhoria das condições de vida das pessoas.

A partir do mencionado projeto, diversas medidas foram adotadas em um pacote de políticas públicas destinadas à garantia da oferta de crédito às pessoas.³⁸ O percentual do recolhimento dos empréstimos compulsórios foi reduzido, passou-se a adotar medidas de transparência na concessão do crédito, o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) reduziu, criou-se um mecanismo obrigatório para a classificação do risco por faixas,³⁹ além de outras ações.

A expansão do crédito no Brasil foi vertiginosa.⁴⁰ O país passou a integrar a denominada Sociedade do Crédito.⁴¹ Nessa sociedade o crédito assume o lugar do Estado Social para prover às pessoas todos os bens e serviços, inclusive aqueles outrora emanados da prestação estatal. A saúde, a educação, a previdência, a habitação e o consumo de modo geral são *mercados* que o crédito deseja acessar.

É de se concluir que o crédito é o caminho para a entabulação de negócios jurídicos, desde aqueles mais diários e rotineiros, até os grandes eventos da vida das pessoas em sociedade, sejam elas naturais ou jurídicas. O acesso ao crédito e a sua utilização correspondem a uma necessidade na sociedade brasileira, mas é indispensável ressaltar que a má utilização do crédito, sobretudo em razão da ausência de educação financeira, a ampla flexibilidade de regras na concessão do crédito e na insuficiente fiscalização da sua concessão, dentre outros fatores, tem produzido uma sociedade de multiendividados.

4.3 A autonomia privada, a função social e as relações jurídicas

Autonomia é um termo que dialoga com democracia, liberdade e igualdade.⁴² Ser autônomo é ser livre em um ambiente no qual todos possam sê-lo; é ter condições materiais para ser livre.

³⁸ Seus resultados podem ser percebidos no Relatório de Economia Bancária e Crédito do Banco Central do Brasil (2015).

³⁹ Cf. Resolução BACEN nº 2.682, de 21 de dezembro de 1999.

⁴⁰ O Banco Central do Brasil divulgou diversos relatórios parciais avaliando os resultados do mercado após adotar o Projeto Juros e Spread Bancário. No relatório que avalia os quatro primeiros anos do projeto, restou constatada a forte expansão do crédito: “Além dos juros e spreads bancários, outro elemento importante a ser observado é o volume de crédito. Desde a implementação das ações do ‘Projeto Juros e Spread Bancário’, o volume de crédito livre doméstico (crédito total exclusive os direcionados e repasses externos) vem apresentando forte crescimento nominal” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2003, p. 10).

⁴¹ Essa definição foi utilizada por Udo Reifner (2003, p. 143) para ilustrar a transformação do *Estado Social* em uma *Sociedade do Crédito* no continente europeu.

⁴² Warat critica o sonho da igualdade, que não passaria de uma fantasia jurídica: “Se todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo” (WARAT, 1992, p. 36).

Na mesma linha, a autonomia privada se confunde com a própria ideia de liberdade. O cenário propício para o exercício da autonomia privada é do Estado Democrático de Direito, no qual todos possam exercer a liberdade a tal ponto de, até mesmo, voluntariamente, limitá-la. E se o ambiente é democrático, todos podem assim proceder.⁴³

Contudo, para que um indivíduo, na esfera privada, possa agir com autonomia, desenvolvendo validamente sua personalidade, é necessário que subsistam condições materiais para tanto.⁴⁴ É preciso que haja uma paridade no exercício da autonomia entre os indivíduos, o que se denomina igualdade.

Essa igualdade nas relações jurídicas é um desdobramento da isonomia. Significa impedir que um indivíduo se sobreponha ao outro, retirando-lhe a autonomia necessária para a manifestação de sua vontade. Vale destacar que o exercício da autonomia privada conjugada com equilíbrio entre os indivíduos é comumente verificável nas relações contratuais.

Contudo, a tendência à desigualdade é inerente ao capitalismo selvagem, que tem como um de seus efeitos a desigualdade social e, assim, uma real ameaça à democracia.⁴⁵ O

⁴³ Slavoj Žižek critica a ideia de liberdade, sobretudo aquela que se apoia e reconhece o liberalismo como resultado da democracia: “Com a livre escolha elevada, em nossa sociedade, a um valor supremo, o controle e a dominação social não podem aparecer como infringências à liberdade dos sujeitos – eles têm de aparecer na forma da própria auto-experiência dos indivíduos como livre. Há várias maneiras pelas quais essa falta de liberdade aparece disfarçada de seu oposto: quando somos privados de planos de saúde universais, nos dizem que na verdade fomos dotados de uma nova liberdade de escolha (a de escolher nosso fornecedor de plano de saúde); quando não podemos mais depender de um emprego formal de longo-prazo e somos obrigados a buscar uma nova forma de trabalho precário a cada um ou dois anos, nos dizem que fomos concedidos a oportunidade de nos re-inventar e de descobrir novos e inesperados potenciais criativos que se encontravam escondidos em nossa personalidade; quando somos obrigados a pagar pela educação de nossas crianças, nos dizem que agora nos tornamos ‘empreendedores do self’, agindo como capitalistas que têm de escolher livremente como investir os recursos que possuem (ou que pegaram emprestado) – em educação, cultura, turismo... Constantemente bombardeados pela imposição dessas ‘livres escolhas’, forçados a tomarmos decisões para as quais geralmente nem somos adequadamente qualificados (ou informados), cada vez mais vivenciamos nossa liberdade como ela efetivamente é: um fardo que nos priva da verdadeira escolha de mudança” (ŽIŽEK, 2014).

⁴⁴ Amartya Sen ressalta que o grau de desenvolvimento de uma sociedade não deve ser medido apenas pelas riquezas e pela renda que essa sociedade produz, mas sim pela capacidade que essa comunidade tem de realizar suas liberdades substantivas: “a utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter” (SEN, 2000, p. 28).

⁴⁵ A esse respeito, Thomas Piketty pondera: “Nossas sociedades democráticas se apoiam em uma visão meritocrática do mundo, ou ao menos numa esperança meritocrática — a crença numa sociedade na qual as desigualdades seriam mais fundadas no mérito e no trabalho do que na filiação e na renda. Essa crença e essa esperança desempenham um papel central na sociedade moderna, por uma razão simples: na democracia, a igualdade proclamada dos direitos do cidadão contrasta de maneira singular com a desigualdade bastante real das condições de vida, e, para escapar dessa contradição, é vital fazer com que as desigualdades sociais resultem de princípios racionais e universais, e não de contingências arbitrárias” (PIKETTY, 2014, p. 411). No mesmo sentido, Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer questionam a relação entre a Democracia e o poder econômico privado: “Em que pese o desaparecimento das fronteiras que separavam os sistemas políticos em função de sua adesão a modelos econômicos antagônicos, continua tendo uma elevada dose de atualidade o problema da relação entre Democracia e economia de mercado. O problema está na possível incompatibilidade entre a ‘autodeterminação do Estado’ – como reflexo teórico, por sua vez, da vontade da maioria popular soberana – e o poder financeiro e econômico das grandes corporações empresariais” (CRUZ; FERRER, 2011, p. 92).

direito pode contribuir com a regulamentação necessária para coibir a concentração de riquezas, melhorando a sua distribuição. Isso só é possível se o direito não se curvar aos interesses econômicos sendo a eles subserviente.

Nesse contexto, as diferenças econômicas, a assimetria de informações e a vulnerabilidade de uma parte hipossuficiente, por exemplo, podem distorcer o equilíbrio desejado entre os contratantes, fazendo-se necessário que o direito equilibre as partes para que elas possam manifestar sua vontade autonomamente.

Por um lado há uma tutela jurídica a um indivíduo (vulnerável por qualquer motivo), e, por outro, pode haver a limitação da autonomia privada do outro indivíduo, em busca da igualdade.

A limitação da autonomia encontra fundamentos na *própria autonomia*. Seria impossível que todos exercessem livremente suas vontades sem que houvesse conflitos de interesses. Para que cada indivíduo possa autonomamente agir, é necessário observar a dimensão coletiva, pois todos e cada um também podem ser autônomos. Daí a necessidade de limitações em prol da coletividade.

Uma das limitações à autonomia consiste na função social. Isso expressa a necessidade de conjugar interesses particulares com interesses coletivos como o primado de uma sociedade que pugna pela edificação do Estado Democrático de Direito.

Cumprir a função social requer mais do que não prejudicar terceiros a partir de relações particulares. É preciso que o instituto seja funcionalizado sem distorções, observando os interesses sociais que gravitam no seu entorno. Em síntese, a função social exige a presença do bem comum no exercício da vida privada.

Notadamente, os institutos da propriedade, da posse e dos contratos são comumente associados à ideia de função social. Não obstante, é possível compreender o alcance desse princípio a vários institutos do direito. Dentre eles, o crédito se apresenta como um *institutum* que compreende uma análise funcionalizada.

A existência do crédito como elemento preponderante na sociedade capitalista, porém sustentada pela construção de um Estado Democrático de Direito, exige seu exercício de modo juridicamente funcional. A sua importância, não apenas econômica, mas jurídica, faz crer na sua utilização não apenas em favor dos particulares, mas sim e ao mesmo tempo em prol da sociedade.

A atividade econômica está sustentada no crédito como fator decisivo para o desenvolvimento, assim como as famílias encontram por meio dele o acesso aos bens e serviços de que demandam. Funcionalizá-lo significa utilizá-lo não apenas com um instituto a

favor do lucro, mas como elemento fundamental para o desenvolvimento social.

Frise-se que o crédito é muito mais do que obrigação jurídica consistente na prestação. Sua dimensão interpretativa o coloca como potencialidade para entabulação de negócios jurídicos, o que se defende nesta tese.

A função social que envolve o crédito está em um patamar constitucional, no âmbito da disciplina da ordem econômica, a exigir do jurista uma análise conformativa entre o crédito e o aludido princípio sob o amparo da carta maior.

Por fim, o crédito não pode ser utilizado de forma a atender aos auspícios exclusivamente individuais ou particulares, mormente quando sua utilização for autorizada frente ao grande público. Em um Estado Democrático de Direito, além de cumprir uma função social, o crédito passa a ser um direito fundamental.

4.4 A fundamentalidade do direito de crédito na construção do Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles expressos no texto constitucional. A própria constituição não se resume ao texto puro e simples, mas é sim um arcabouço de valores que a sociedade erigiu ao patamar constitucional, a partir dos quais a hermenêutica extrai os seus sentidos.

Para possuir a característica da fundamentalidade o direito precisa estar envolto pelos valores constitucionalmente consagrados como fundamentais. Isso representa muito mais do que estar expresso no texto, é preciso haver sentido valorativo.

No cenário pós-moderno o crédito passou a ser, de um lado, a via de acesso aos bens e serviços e, de outro, o motor indispensável da economia mundial, pois viabiliza a produção destinada ao consumo.⁴⁶

O crédito é, pois, um direito fundamental e como tal deve ser tutelado.⁴⁷ Essa característica que marca um direito tão elementar em um sistema de mercado é premissa para, em última análise, tutelar a própria pessoa (natural ou jurídica). Contudo, é preciso fazer um corte metodológico e interpretativo. É necessário esclarecer que a concessão de crédito por

⁴⁶ Analisando o consumo excessivo e o superendividamento, Cinara Palhares define a essencialidade do crédito em uma sociedade pós-moderna: “o crédito tornou-se um bem essencial, pois forneceu ao mercado o instrumento adequado para permitir que o seu agente econômico cumprisse com o papel que lhe era esperado, qual seja, o de assimilar a produção mundial, conferindo-lhe poder aquisitivo imediato” (PALHARES, 2010, p. 32).

⁴⁷ Andréa Luísa de Oliveira (2014, p. 205-224) desenvolveu um artigo no qual defendeu o crédito como um direito fundamental.

uma instituição financeira a uma pessoa que o demanda não é um direito fundamental, isso porque o direito subjetivo aos recursos creditícios será alcançado e exercido se atendidas pelo solicitante às exigências da instituição financeira (VENTURA, 2010, p. 103).

O que é fundamental, e constitui uma das teses desta pesquisa, é o crédito compreendido como a potencialidade para o estabelecimento de relações jurídicas. Em outras palavras, para estabelecer relações jurídicas é preciso estar *habilitado*. A supressão da potencialidade para o entabulamento dessas relações gera exclusão e provoca diversos impactos socioeconômicos.

Em uma interpretação a *contrario sensu*, pode-se dizer que é fundamental ao negativado ou aquele que está à margem do mercado por não ter honrado compromissos, o *direito de retornar ao mercado*. Apenas quando habilitado para o mercado é que a pessoa pode estabelecer relações jurídicas que lhe garantam o desenvolvimento normal das suas atividades. O fio condutor deste trabalho perpassa pela necessidade de permitir o reingresso dos excluídos ao mercado, compreendendo o crédito com a potencialidade para o entabulamento de relações jurídicas como um direito fundamental de crédito.

Não é objeto do presente trabalho a concessão do crédito, a sua oferta de forma responsável no mercado, ou o que o valha.⁴⁸ O núcleo desta pesquisa está no reingresso do excluído ao mercado, ora compreendido como um benefício para o agente e também para o mercado. Para tanto, sustenta-se a premissa de que é um direito o acesso em potencial aos bens e serviços e, para tanto, é preciso não estar excluído.

O art. 170 da Constituição estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁴⁹ Só é possível ter assegurada a existência digna se houver, em potencial, o acesso aos bens e serviços oferecidos pelo mercado e indispensáveis às pessoas.⁵⁰

A Constituição estabelece em seu art. 174 que, como agente normativo e regulador da

⁴⁸ Poderia ser justificada a responsabilidade (culpa) exclusiva daquele que concede o crédito de forma irresponsável, como indica o Projeto de Lei de reforma do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Contudo, o que se propõe com a presente tese é uma teoria elementar, geral acerca do direito de recuperação.

⁴⁹ Rosemiro Pereira Leal expressa a necessidade de se interpretar a Ordem Econômica segundo o prisma da dignidade da pessoa humana: “[...] o conceito de Constituição Econômica só ganharia colorações de legitimidade se a Ordem Econômica constitucionalmente adotada não fosse inadequada à sustentação dos referidos direitos econômicos fundamentais voltados à realização da dignidade humana e do reconhecimento, para sua formulação, do concreto exercício da soberania popular processualizada pela garantia fiscalizatória do devido processo legal” (LEAL, 2005, p. 33).

⁵⁰ João Bosco Leopoldino da Fonseca esclarece que a existência digna e a justiça social devem estar presentes na análise da Constituição Econômica: “Tais princípios e objetivos deverão estar presentes na análise de todos os dispositivos constitucionais, pois a Constituição Econômica não se restringe aos arts. contidos no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, mas tem sua expressão e conteúdo em diversos outros tópicos da Constituição. Os princípios fundamentais, por isso mesmo que básicos, deverão informar o entendimento exegético de todos os tópicos pertinentes à Constituição Econômica” (FONSECA, 2014, p. 91).

atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Uma vez que a intervenção do Estado é feita de forma indireta, como regra, sobretudo, como agente normativo, incumbe ao Estado regulamentar o reingresso dos agentes econômicos aliados do mercado. Esta é a proposta desta tese.

Não é demasiado lembrar que “o mercado tem como pressupostos éticos o respeito à dignidade da pessoa humana e a disposição para tornar concretos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (FONSECA, 2014, p. 322).

A tudo isso se soma a indispensabilidade das relações creditícias para o modo de vida, sobretudo o ocidental, que é passível de críticas, mas não afasta a necessidade de sua utilização diária que o qualifica como uma força motriz das atividades humanas.⁵¹ Mais ainda, por ser elemento essencial dessas atividades o crédito está ligado à personalidade (os direitos da) e o seu desenvolvimento em sociedade.

Para compreender os direitos fundamentais, dentre os quais figura o crédito, é necessário assumir dois fundamentos jurídicos filosóficos, a saber, a construção do Estado de Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, o Estado, além de ser de direito, deve ser democrático. Pressupõe-se, portanto, uma limitação aos poderes do Estado, para se falar em direitos fundamentais de primeira geração e, ademais, uma atuação estatal inclinada à obrigação de fazer, de prestar, quanto aos direitos fundamentais de segunda geração. Enquanto aqueles estão relacionados a uma conduta negativa de reprimir os poderes do Estado em face do cidadão, estes dizem respeito a uma postura ativa do ente estatal em favor de grupos sociais menos favorecidos, estreitamente ligada à ideia de igualdade material.

Por certo, as gerações de direitos fundamentais não são uma a negação da outra. Em verdade, cada geração está correlacionada a um momento histórico de lutas e conquistas tendentes ao alargamento do rol de direitos fundamentais.

Portanto, os chamados direitos fundamentais de terceira geração alargaram a compreensão do que vem a ser um direito fundamental, reconhecendo como tal os direitos transindividuais, dos quais várias pessoas são titulares, mas não pertencem a ninguém isoladamente.

Propõe-se, neste trabalho a leitura do crédito como um direito fundamental que está

⁵¹ Bauman sugere que as fontes de lucro do capitalismo deslocaram-se da exploração da mão de obra para a exploração dos consumidores. Daí a necessidade da fácil e expansiva concessão de crédito aos consumidores, para alimentarem os lucros, pautando-se por um padrão de vida de consumo que os tornam úteis ao sistema: “[...] os pobres, despojados dos recursos necessários para responder às sedução dos mercados de consumo, precisam de dinheiro – não dos tipos de serviço oferecidos pelo Estado assistencial – para se tornarem úteis segundo a concepção capitalista de ‘utilidade’” (BAUMAN, 2010, p. 39).

entre a segunda e a terceira gerações. Além de exigir do Estado uma atuação, o direito ao crédito, que é sustentáculo de outros direitos econômicos e sociais, caracteriza-se como transindividual.

A atuação estatal pode ser exigível em forma de políticas públicas voltadas para a concessão do crédito ou, ainda, como propõe a presente tese, uma atuação voltada para a regulamentação de mecanismos que permitam o reingresso de agentes econômicos que estão afastados do mercado em razão de crise econômico-financeira.

Nesse sentido, há uma lacuna normativa que deve ser sanada pelo Poder Legislativo com vistas a criar um sistema de recuperação de todos os agentes econômicos que seja, a um só tempo, sustentável e garantidor da dignidade do devedor excluído do mercado.

5 OS SISTEMAS DE INSOLVÊNCIA LIQUIDATÁRIOS E OS RECUPERATÓRIOS

5.1 Panorama histórico das normas relativas à insolvência contributivas para a formação do direito brasileiro

A crise e o crédito são assuntos diretamente ligados à solvência dos agentes econômicos. Dentre os institutos jurídicos relativos à insolvência, destacam-se os processos concursais. Esses institutos são dedicados aos devedores em situação de dificuldades econômico-financeira.

As normas que contribuíram para a evolução de um tratamento específico destinado ao devedor insolvente formam um acervo histórico que permite compreender a atual disciplina da insolvência, seja ela relativa aos empresários ou não.

Antes da existência de um direito concursal propriamente dito, como um sistema normativo com os objetivos hodiernamente conhecidos, os insolventes eram submetidos a normas que disciplinavam sua situação jurídica com efeitos patrimoniais e sancionatórios.

Essas normas tratavam o insolvente com rigores penais que poderiam levar à sua escravidão ou mesmo à execução capital, como no caso da Lei das XII tábuas (450 a.C.), que permitia, em última hipótese, a divisão corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem os credores. Não obstante, o insolvente estaria isento dessa pena, somente se apresentasse um fiador que pudesse garantir o crédito.

A ideia de uma sanção voltada para o patrimônio do devedor, superando as execuções corporais esteve presente na Lex Poetelia (326 a.C.). Ao limitar o caráter privado da execução, essa norma abriu caminho para responsabilização patrimonial do devedor ou, ainda, para o pagamento mediante trabalho forçado por parte do devedor (DINAMARCO, 1997, p. 43-44).

A mudança de paradigma, da sanção corporal para a patrimonial, possuía fundamentos de humanidade e possibilitou a expropriação dos bens do devedor, sua arrecadação e administração por um *curator* (primitiva figura do administrador judicial) que procedia à venda dos ativos (massa) para pagar os credores. Essas regras erigidas pela Lex Julia Bonorum (737 a.C.) são qualificadas por alguns doutrinadores como o gérmen do Direito Falimentar (GUIMARÃES, 2007, p. 20).

O direito dos credores de dispor de todos os bens do devedor e a compreensão da *par conditio creditorum* são elementos que revelam princípios semelhantes àqueles que posteriormente inspiraram o Direito Falimentar na Itália da Idade Média (ALMEIDA, 2006, p. 5).

Embora a invasão bárbara em Roma haja afetado o direito romano que passou a ser influenciado pelo direito germânico, o florescimento das atividades comerciais em algumas cidades italianas criou um cenário favorável para a manutenção da execução patrimonial e, ainda, possibilitou a edificação da execução coletiva.

Mendonça (1899, p. 21) aduz que foi na Itália, no período da Idade Média, que o velho direito italiano serviu de laboratório para a falência moderna. Foi nesse período que os principais institutos que sustentam o direito concursal foram criados.⁵²

Notadamente, os valores que justificaram a expropriação do devedor por meio de um processo de execução coletiva não inclinavam para uma ideia de sua recuperação e reestabelecimento. As normas evidenciaram uma preocupação com a satisfação dos interesses dos credores e um tratamento rigoroso para com o devedor.

O postulado da execução coletiva era arrecadar e vender o ativo para solver o passivo. (ABRÃO, 1993, p. 20). Essa premissa também inspirou os ideários da edificação do direito falimentar medieval.

O rigor excessivo para com o devedor manteve-se presente em diversas normas que se seguiram ao período italiano da execução contra o devedor insolvente. Esse rigorismo e inflexibilidade também foram visíveis nas Ordenações Portuguesas e no Código Comercial francês, de 1808. A doutrina destaca, inclusive, o posicionamento de Napoleão Bonaparte a exigir da comissão redatora do Código uma maior intolerância e severidade para com o comerciante falido (REQUIÃO, 1993, p. 10).

No Brasil colônia a legislação emanava da metrópole Portugal. Nesse período, o Rei Dom Manuel revisou as ordenações Afonsinas que passaram, então, a denominar Ordenações Manuelinas, vigorando a partir de 1512. Nessa norma havia a previsão de que o primeiro credor a promover a execução possuiria preferência, ainda que ocorresse insolvência, havendo nesses casos um prazo de suspensão das execuções para o levantamento do passivo e do ativo. No bojo do processo, o devedor poderia ser levado à prisão, salvo se entregasse todos os seus bens.⁵³

As Ordenações Filipinas, de 1603, mantiveram a previsão da pena de prisão nos casos

⁵² Carvalho de Mendonça assim descreve o período italiano: “O velho direito italiano foi, pôde-se dizer, o laboratório da fallencia moderna. Estabeleceu a designação normal dos syndicos; o seqüestro dos bens e livros do devedor; o balanço; o exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; o vencimento antecipado das dividas a prazo; o período suspeito; a privação do falido da administração de seus bens; a distribuição de dividendos proporcionaes á importância dos créditos, salvo as preferências hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o accordo entre o fallido e os syndicos e representantes dos credores e approved pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos casuaes, etc.” (MENDONÇA, 1899, p. 21).

⁵³ Cf. as Ordenações Manuelinas, que em seu Livro 3, Título 74, assim dispõe: “Quando o creedor, que primeiro ouuer sentença, e fezzer execuçam, procederá os outros, posto que sejam primeiros em tempo”. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p278.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

de quebra fraudulenta, conferiram destaque para a quebra do mercador e aboliram a pena restritiva de liberdade para aquele que quebrasse sem a prática de fraude. O devedor de boa-fé, para gozar dessa exceção, deveria comunicar imediatamente ao perceber que não havia recursos para saldar todas as suas dívidas.⁵⁴

Recebendo tal informação, a Junta recolhia as chaves do estabelecimento, o *livro diário*, e nomeava dois deputados que, na companhia de um Procurador e do escrivão do Juízo da Conservadoria do Comércio, deviam apurar os haveres e os colocar à disposição da Junta. Esta nomeava um depositário, ao qual competia constatar a natureza da quebra, torná-la pública, e elaborar a preferência no concurso ou *labyrintho dos Credores*.⁵⁵

Com o advento da independência do Brasil, foi editada a lei de 30 de Outubro de 1823, que determinou em seu art. 1º a aplicação em território brasileiro das Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil seria governado até o dia 25 de abril de 1821.⁵⁶ Nesse contexto, já estava em vigor a Lei da Boa Razão,⁵⁷ que limitava a aplicação do direito romano, canônico e extinguiu o direito consuetudinário, que estivessem em sobreposição à lei Soberana.

Quase três décadas após a Lei da Boa Razão foi editada a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, que instituiu o Código Comercial brasileiro, norma que conferiu um tratamento favorecido ao devedor malsucedido e de boa-fé, oportunizando uma primeira modalidade de recuperação do seu estado de crise, denominando-a de concordata.⁵⁸

Ao distinguir as modalidades da quebra entre casual, com culpa, ou fraudulenta, o referido Código prescrevia em seu art. 848 que a concordata era facultada apenas aos devedores submetidos à falência pelo modo casual, ou seja, involuntário.

Ao ser instituída a concordata, o Código Comercial de 1850 positivou uma oportunidade de o devedor quitar seus débitos na medida em que fossem concedidos prazos para tais pagamentos. Ainda que não seja uma medida com um caráter sistêmico destinada a restabelecer o devedor, tendo-o como foco de atenção, o Código evidenciava, ao menos, uma

⁵⁴ Cf. as Ordenações Filipinas, que em seu Livro 5, Título 66, assim dispõe: Dos mercadores que quebram. E dos que se levantam com fazenda alheia. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1214.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁵⁵ Cf. o aditamento ao Livro 3, das Ordenações Filipinas, edificando-se a Lei de 20 de junho de 1774, que dispunha, dentre outras coisas, sobre a regra de preferência no concurso de credores. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁵⁶ Cf. o documento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 11 jan./2015.

⁵⁷ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3pa725.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁵⁸ No mesmo ano foi editado o Decreto nº 738, de 25 de novembro, que instituiu o *Regulamento para os Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras*.

piedade para com o comerciante malsucedido, mas de boa-fé.

Considerando que o foco era a tutela dos interesses dos credores, a concessão da concordata era submetida à apreciação destes, que deveriam aprová-la pelo voto da maioria de credores, representando estes, no mínimo, dois terços dos créditos sujeitos à concordata, conforme art. 847.

Esse rigor excessivo do Código Comercial em relação à concordata foi alvo de críticas, inclusive de Visconde de Mauá,⁵⁹ levado à falência sem que lhe fosse possível à concordata (MENDES, 1930, p. 4).

Após o Código Comercial, outras normas foram editadas no sentido de regulamentar a crise no seio empresarial. Dentre elas, algumas ganharam destaque.

Algumas décadas após ter sido deflagrada a crise do café, que promoveu uma quebradeira generalizada na praça do Rio de Janeiro, especialmente da Casa Bancária Vieira Souto, foi editado em 1882 o Decreto nº 3.065,⁶⁰ com aplicabilidade aos comerciantes em geral. A previsão do art. 1º reduziu a exigência do quórum para aprovação da concordata definindo que, para ser válida, seria bastante o voto da maioria dos credores que comparecessem à assembleia, contanto que essa maioria representasse dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Isso revela que o Estado flexibilizou o instituto com vistas a preservar a atividade comercial.

Ante a crise do café, o Governo adotou uma política metalista, por meio da Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860, limitando a liquidez bancária e impedindo que as instituições financeiras emitissem títulos sem prévia comprovação da capacidade de reembolsá-los em ouro. A crise bancária se instalou e o Banco do Brasil fez intervenções diretas com a finalidade de salvar o sistema financeiro, chegando a conceder empréstimo à Casa Bancária Vieira Souto no importe de cinquenta por cento do capital do banco.⁶¹

A resposta legislativa foi a edição do Decreto nº 164, de 17 de janeiro de 1890,⁶² que instituiu o mecanismo da liquidação forçada para as instituições financeiras que estivessem

⁵⁹ Relata Octavio Mendes (1930, p. 4) que: “esta exigencia teve como resultado que o grande brasileiro, Visconde de Mauá, tendo sido arrastado á fallencia por infelidades de sua vida comercial, não poudo fazer concordata, porque tendo mais de tres mil credores, residentes em provincias longinquas e no estrangeiro, era sobremodo difficil reuni-los ou obter a sua annuencia expressa”.

⁶⁰ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3065-6-maio-1882-544658-publicacaooriginal-56128-pl.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁶¹ Cf. a quebra da Casa Vieira Souto diante da grave crise do café de 1864 (SOUZA, 2014).

⁶² Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-164-17-janeiro-1890-518020-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

em situação irregular, que realizassem operações fora da regulamentação,⁶³ ou que apresentassem indícios de falência. Esse decreto apresentava apenas uma via para as instituições em crise; a via liquidatária. Por certo, o sistema econômico recrudescera e o Estado não tardou em outorgar o Decreto Nº 703, de 1900,⁶⁴ que concedeu favores aos bancos, em especial a suspensão da liquidação forçada e a possibilidade de serem celebrados acordos extrajudiciais.

Ainda, no ano de 1890, o então Governo Provisório editou o Decreto nº 917, de 24 de outubro, de caráter geral para os comerciantes, que inovou em alguns pontos. O Decreto alterou o fundamento da falência, que antes centrava-se na insolvência. Pelo art. 1º do Decreto nº 917, passou-se a entender como falido aquele comerciante que, sem relevante razão de direito, deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa. O foco passou a ser, assim, a impontualidade injustificada.

Quanto à concordata, o art. 12 trouxe a possibilidade da suspensão da falência acaso o devedor: i) antes do protesto por falta de pagamento de alguma obrigação mercantil requeresse moratória; ii) tivesse feito com os credores algum acordo ou concordata extrajudicial pela forma indicada no referido Decreto; iii) dentro de dois dias depois da interposição do protesto, requeresse a convocação dos credores para fazer-lhes cessão de bens.⁶⁵

Em 1902 fora realizada mais uma reforma para aprimorar a legislação relativa à quebra do devedor. Eis que fora editada a Lei nº 859,⁶⁶ de 16 de agosto. Em linhas gerais, essa norma inovou ao instituir a figura do *syndico*⁶⁷ como terceiro alheio ao processo, sendo arregimentado dentre os comerciantes por intermédio das Juntas Comerciais.

A experiência demonstrou diversas ocorrências de fraudes na tentativa de os devedores obstar a falência, valendo-se dos institutos previstos para tanto. Assim, o clamor social fez com que fosse editada em 1908 a Lei Nº 2.024, de 17 de dezembro⁶⁸ (GUIMARÃES, 2007, p. 27).

Essa lei que, para Carvalho de Mendonça (1934, p. 136), é superior a todas que a

⁶³ Cf. Art. 1º, § 11, alínea “a”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-165-17-janeiro-1890-502656-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁶⁴ Cf. o documento. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=43962&norma=59708>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁶⁵ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁶⁶ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-859-16-agosto-1902-584407-republicacao-108160-pl.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁶⁷ Previsão do art. 16, da Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902.

⁶⁸ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembro-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

precederam, podendo ser considerada uma das melhores e mais completas sobre a matéria nos países *cultos*, além de prever a concordata como caminho alternativo à falência, limitou a oposição de embargos dos credores dissidentes, em seu art. 108. Com isso, a atividade econômica viável com proposta concordatária razoável não ficaria ao arbítrio de credores dissidentes.

Em 1929 houve mais uma alteração legislativa e entrou em vigor o Decreto nº 5.746,⁶⁹ de 9 de dezembro. Especialmente em relação às instituições financeiras, fora outorgado o Decreto nº 19.634,⁷⁰ de 28 de janeiro de 1931, dispondo sobre a liquidação extrajudicial dos bancos e casas bancárias.

A norma geral relativa à insolvência do comerciante, Decreto nº 5.746, perdurou por aproximadamente quinze anos. E, por aproximadamente dezesseis anos, vigorou o Decreto nº 19.634 que dispunha sobre a liquidação extrajudicial dos bancos e casas bancárias.

Getúlio Vargas outorgou o Decreto nº 7.661, em 1945, caracterizado com norma geral de falência e concordata, que aumentou os poderes do juiz, limitou a atuação dos credores e tornou a concordata um favor legal concedido ao devedor malsucedido e de boa-fé. Frise-se que o caráter da norma, em que pese a previsão da concordata, era nitidamente liquidatário. Notadamente, esse decreto foi edificado sob a égide da teoria dos atos de comércio.

No que toca às atividades bancárias, em 1946 fora publicado o Decreto-Lei nº 9.228, de 3 de maio, que revigorou e alterou o processo de liquidação extrajudicial de Bancos e Casas Bancárias.⁷¹ Posteriormente, em 1974, entrou em vigor a Lei nº 6.024, dispondo sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Tal norma possui um microsistema de soerguimento da instituição financeira, com vistas a recuperá-la, *per si*, e em prol da estabilidade do sistema financeiro.

Além da Lei nº 6.024, há outra norma ainda vigorando que prevê a conjuração da crise nas instituições financeiras, editada em 1987, que instituiu o regime de administração especial temporária para as instituições financeiras privadas e públicas não federais. Trata-se do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

Não obstante, a norma geral relativa à insolvência do comerciante também sofreu

⁶⁹ Cf. o documento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D5746.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁷⁰ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19634-28-janeiro-1931-505849-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁷¹ Destaca-se que entre a edição do Decreto-Lei nº 9.228 e da Lei nº 6.024, foi editada a Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, que dispunha sobre a responsabilidade de diretores de bancos e casas bancária e dava outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1808impressao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

alteração. Com o fortalecimento da teoria da empresa, além da superação da visão liquidatária, o Decreto nº 7.661 foi revogado pela Lei nº 11.101, de 2005, atualmente em vigor.

No que toca aos não empresários, o panorama normativo histórico não sugere mecanismos recuperatórios. Quanto às cooperativas, o primeiro marco regulatório expressivo foi o Decreto-Lei nº 59, de 21 de novembro de 1966, regulamentado pelo Decreto nº 60.597, de 19 de abril de 1967. Entre os seus arts. 79 e 89 o Decreto nº 60.597 regulamentou a liquidação das cooperativas sem apresentar possibilidades de reorganização ou recuperação, deixando expresso que caberia tão-somente a liquidação quando a cooperativa deixasse de oferecer condições operacionais.

Em 1971, a Lei nº 5.764 revogou o Decreto-Lei nº 59/66 e o Decreto nº 60.597/67, ao instituir o novo regime jurídico das sociedades cooperativas. No que diz respeito à insolvência, nada mudou em relação aos decretos revogados. Prevaleceu o instituto da liquidação.

5.2 Os mecanismos jurídicos de soerguimento do devedor em crise

Os mecanismos de recuperação do devedor em crise, atualmente existentes, são seletivos. Aplicam-se apenas aos empresários que não estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei nº 11.101, de 2005, ou, às instituições financeiras, que são reguladas por Leis Especiais.

Para os demais agentes econômicos não há norma em vigor que apresente um sistema recuperatório franqueando-lhes um soerguimento em momentos de crise. Para aqueles que não estão submetidos à Lei nº 11.101, ou eventualmente sejam caracterizados como instituições financeiras, não há alternativa, senão o instituto da liquidação.⁷²

Até a entrada em vigor da Lei nº 11.101, os únicos institutos que apresentavam alternativa para a liquidação patrimonial eram: i) a concordata para comerciantes, regulamentada pelas diversas e sucessivas normas sobre o tema no ordenamento brasileiro, sendo que estava em vigor o Decreto-Lei nº 7.661, de 1945; ii) o instituto da intervenção em instituições financeiras, exclusivo para tais empresários, regulamentado pela Lei nº 6.024, de 1974, e; iii) o regime de administração compartilhada, também exclusivo para instituições financeiras, presente no ordenamento desde 1987, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.321.

⁷² Marcelo Monteiro Perez, citando Liu e Wilson, ressalta que a propensão de um devedor “ir à liquidação tem maior relação com a estrutura legal, do que com as efetivas dificuldades financeiras” (PEREZ, 2007, p. 37).

A recuperação de empresas rompeu as amarras da concordata e ampliou os horizontes dos empresários em crise ao apresentar diversas formas de reorganização empresarial, tornando-se um marco para o direito concursal.⁷³

O paradigma que inspirou a edificação da Lei nº 11.101 não era liquidatário, mas sim recuperatório. Os legisladores expuseram os motivos pelos quais a legislação revogada haveria de ser substituída e os princípios que informavam a criação da *novatio legis*. Nessa exposição, restaram claros os novos paradigmas capitaneados pela preservação da empresa.⁷⁴

Em uma economia de mercado resta evidente que a empresa é uma das mais eficientes atividades geradora de riquezas, uma vez que a economicidade está presente em seu objetivo. É também clara a ideia de que além dos interesses dos empresários, sócios e acionistas, gravitam em torno da empresa interesses diversos, tais como as expectativas legítimas dos trabalhadores, a geração de renda e emprego, a arrecadação do fisco, o desenvolvimento da ciência, o aprimoramento da tecnologia, dentre outros.

A empresa é a *célula mater* da economia moderna e, ante a função social de que é dotada, torna-se imperiosa a sua preservação, se viável. Daí surgiu a necessidade de se criar caminhos alternativos à falência que permitissem ao empresário em estado de crise a recuperação. Essa filosofia orientou a comissão liderada pelo senador Ramez Tebet incumbida de elaborar o projeto que culminou na Lei nº 11.101/05.

O instituto da recuperação não é, contudo, acessível a todos os agentes econômicos, reservando-se apenas aos empresários sujeitos à Lei nº 11.101. Por definição desta norma, não estão a ela submetidos: i) aqueles que não sejam empresários; ii) empresa pública e sociedade de economia mista; iii) instituição financeira pública ou privada; iv) cooperativa de crédito; v) consórcio; vi) entidade de previdência complementar; vii) sociedade operadora de plano de assistência à saúde; viii) sociedade seguradora, e; ix) sociedade de capitalização.

Aqueles que não são considerados empresários, tais como a pessoa natural, as associações, as fundações e as cooperativas,⁷⁵ não possuem mecanismos legais que os permitam o soerguimento em momentos de crise. Para esses agentes, ora se aplicam as disposições do Código Civil (CC), do Código de Processo Civil, do seu próprio estatuto ou,

⁷³ Registra-se a importância da empresa para a economia, pois, “Nela, a maior parte da população possui alguma ligação, seja como sócio, seja como empregado ou consumidor. É uma instituição social porque provém a grande maioria de bens e serviços da sociedade e, ainda, dá ao Estado grande parcela de suas receitas fiscais” (MAGALHÃES, 2007, p. 339).

⁷⁴ Cf. a exposição de motivos da Lei nº 11.101/05. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

⁷⁵ Considerando a importância das cooperativas para a economia, Emanuelle Urbano Maffioletti (2010, p. 248) desenvolveu em sua tese de doutoramento os fundamentos para a necessária intervenção normativa que regulamentasse a recuperação das cooperativas.

como ocorre no caso das cooperativas, da sua lei específica, de nº 5.764/1971. Frise-se que não há previsão de recuperação, apenas de liquidação.

As instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativa de crédito⁷⁶ e administradoras de consórcios⁷⁷, estão sujeitas tanto à Lei nº 6.024, de 1974, quanto ao Decreto-Lei nº 2.321, de 1987. A Lei nº 6.024/74, que trata da intervenção e liquidação abrange não apenas as instituições financeiras propriamente ditas, pois o art. 51 prevê a possibilidade de, para salvaguardar interesse público, estabelecer idênticos regimes para as pessoas jurídicas que têm integração de atividade ou vínculo de interesse com tais instituições. No mesmo sentido, são aplicáveis as disposições da referida lei às sociedades que integrem o sistema de distribuição de títulos ou valores monetários no mercado de capitais, assim como as sociedades ou empresas corretoras de câmbio.

Note-se que a Lei nº 6.024/74 faz previsão não apenas da liquidação, mas também, do instituto de caráter recuperatório denominado intervenção. O objetivo da intervenção é, em primeiro plano, permitir que a autoridade monetária tome conhecimento da realidade das contas da instituição sob intervenção. Notadamente, eventual insegurança no mercado financeiro pode provocar uma crise de confiança e afetar outros setores da economia. Daí o tratamento conferido por lei especial, fora do âmbito judicial, sob a égide da autoridade monetária nacional.

Promovendo-se a intervenção, esta poderá conduzir à liquidação, se assim for considerado conveniente, ou mesmo cessar, acaso os interessados apresentem as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil (BACEN) tomando para si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa. Ainda, poderá cessar a intervenção quando, a critério do Banco Central do Brasil, a situação da entidade houver normalizado.

Veja-se que existe caminho alternativo à liquidação. Embora trate-se de um sistema jurídico simples, a mera previsão de alternativas já modifica substancialmente as possibilidades para o devedor, assim como para o mercado em geral.

O interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, ao prover a intervenção deverá relatar à autoridade a real situação da instituição financeira, estando o BACEN autorizado por lei a determinar a cessação da intervenção, manter a instituição sob intervenção até serem

⁷⁶ Cf. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, art. 78: “A liquidação das cooperativas de crédito e da seção de crédito das cooperativas agrícolas mistas reger-se-á pelas normas próprias legais e regulamentares”.

⁷⁷ Cf. Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, art. 7º, VII, que assim dispõe: “Compete ao Banco Central do Brasil: [...]VII – intervir nas administradoras de consórcio e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às instituições financeiras”.

eliminadas as irregularidades que a motivaram, autorizar a liquidação, ou, optar pelo regime de administração especial temporária, previsto no Decreto-Lei nº 2.321, de 1987.

Caso o BACEN decida pela liquidação, esta poderá ser extrajudicial, promovida junto a este órgão, ou judicial, autorizando-se o interventor a requerer a falência da entidade quando: i) o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários; ii) julgada inconveniente a liquidação extrajudicial; iii) a complexidade dos negócios da instituição ou; iv) a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Se o BACEN entender pela conveniência do regime de administração especial temporária, será nomeado um conselho diretor com plenos poderes de gestão, constituído de tantos membros quantos julgados necessários para a condução dos negócios, acarretando aos administradores e membros do Conselho Fiscal da instituição a perda do mandato. A decretação da administração especial temporária não afetará o curso regular dos negócios da instituição nem seu normal funcionamento, haja vista o caráter recuperatório desse regime.

As entidades de previdência complementar também não estão submetidas à Lei nº 11.101/05. Suas regulamentações estão dispostas no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966,⁷⁸ e na Lei Complementar (LC) nº 109, de 29 de maio de 2001. Tais instituições gozam de procedimento de intervenção administrativa de caráter recuperatório, caso seja possível. A esse respeito, a Lei Complementar nº 109 prevê que, para resguardar os direitos dos participantes e assistidos, poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência complementar de acordo com as hipóteses legais.

Verificada a possibilidade de soerguimento, a intervenção será revestida de caráter recuperatório, cessando quando aprovado o plano de recuperação da entidade pelo órgão competente, ressaltando-se que as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador são exercidas pelo Ministério da Fazenda, que se vale tanto do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) quanto da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Não havendo alternativas, promover-se-á a liquidação extrajudicial. Contudo, ante aos propósitos recuperatórios da LC nº 109, mesmo após a instauração da liquidação extrajudicial, esta poderá, a qualquer tempo, ser levantada, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar.

Por sua vez, a sociedade operadora de plano de assistência à saúde possui alternativas à liquidação. Considerando a especificidade da área de atuação, que sofreu diversas interferências estatais nas últimas décadas, há um sistema complexo de intervenção com o

⁷⁸ O Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

objetivo de recuperar a operadora, desde que haja viabilidade da atividade.

Assim, a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que passou por uma sensível reforma em 2001,⁷⁹ faz a previsão de alternativas à liquidação. De acordo com essa lei, sempre que detectadas nas operadoras de plano de assistência à saúde insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) poderá determinar a alienação da carteira, adotar o regime de direção fiscal ou técnica,⁸⁰ ou promover a liquidação extrajudicial,⁸¹ conforme a gravidade do caso.

Na mesma esteira, a Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), prevê que a esta compete fixar normas e procedimentos de recuperação financeira das operadoras. Nota-se com essa previsão a cautela com que o Estado trata o setor, abrindo a possibilidade, como regra, da manutenção da atividade, como alternativas para o agente econômico em crise.

A ANS, fazendo cumprir a previsão legal de fixar normas e procedimentos de recuperação financeira das operadoras, editou algumas Resoluções Normativas, dentre as quais se destaca a Resolução Normativa (RN) nº 191, de 8 de maio de 2009, que institui o Fundo Garantidor do Segmento de Saúde Suplementar pelas Operadoras de Planos de Saúde.

Ainda, com a finalidade de exigir garantias financeiras, margem de solvência e provisões técnicas, foram instituídas outras Resoluções normativas, a saber: Resolução Normativa (RN) nº 75, de 10 de maio de 2004, que dispõe sobre a provisão técnica para garantia de remissão a que estão sujeitas as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde (atualizada pela RN nº 393, de 9 de dezembro de 2015), e a Resolução Normativa (RN) nº 209, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os critérios de manutenção de Recursos Próprios Mínimos e constituição de Provisões Técnicas a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

No mesmo sentido, atendendo às determinações da Lei nº 9.656/2000, a ANS editou a Resolução Normativa (RN) nº 316, de 30 de novembro 2012, que dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde.

⁷⁹ Reforma levada a efeito pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001.

⁸⁰ A ANS criou a Resolução Normativa (RN) nº 316, de 30 de novembro 2012, que dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde.

⁸¹ A ANS editou a Resolução Normativa (RN) nº 276, de 3 de novembro de 2011, que estabelece procedimentos a serem observados nos inquéritos administrativos aplicados à liquidação extrajudicial das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, por força do art. 24-D, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

As sociedades seguradoras, por sua vez, são regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que apresentam a possibilidade de manter a atividade em funcionamento, mediante intervenção ou fiscalização especial, antes de ser decidida a liquidação.

O art. 89 da referida lei prevê que em caso de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da sociedade seguradora, a critério da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), poderá esta, além de outras providências cabíveis, inclusive fiscalização especial, nomear por tempo indeterminado e às expensas da sociedade seguradora, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

Com previsões de caráter recuperatório, o Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, determina a competência do Diretor-fiscal, responsável pelo regime especial de fiscalização, para, dentre outros: i) providenciar a execução de medidas que possam operar o reestabelecimento da normalidade econômico-financeira da Sociedade; ii) sugerir aos administradores as providências e práticas administrativas que facilitem o desenvolvimento dos negócios da Sociedade e concorram para consolidar sua estabilidade financeira, de acordo com as instruções da SUSEP; iii) representar o Governo junto aos administradores da Sociedade, acompanhando-lhes os atos e vetando as propostas ou atos que lhe cheguem ao conhecimento e que não sejam convenientes ao soerguimento financeiro da Sociedade, ou que contrariem as determinações da SUSEP; iv) dar conhecimento aos administradores, para as devidas providências, de quaisquer irregularidades que interessem à solvabilidade da Sociedade, ponham em risco valores sob sua responsabilidade ou guarda, ou lhe comprometam o crédito.⁸²

Verifica-se haver um microssistema recuperatório para as seguradoras. Não obstante, o segmento de seguros exige atenção especial por ser muito sensível. Por isso, há intensa fiscalização do poder público. Com vistas a garantir a estabilidade desse mercado, diversos atos normativos, seguindo as previsões legais, inclinam-se a exigir das seguradoras a comprovação de sustentabilidade econômico-financeira. Esses atos normativos objetivam evitar a quebra dessas instituições, cujos efeitos são severos e amplos.

⁸² Como explicitado, a aferição de solvência possui regulamentação específica, editada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). Assim, a Resolução CNSP nº 282, de 2013, dispõe sobre o capital mínimo requerido para autorização e funcionamento e sobre planos corretivos e de recuperação de solvência das sociedades seguradoras, das entidades abertas de previdência complementar, das sociedades de capitalização e dos resseguradores locais. No mesmo sentido, a Resolução CNSP nº 222, de 2010, institui regras e procedimentos sobre o patrimônio líquido ajustado exigido das entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalização, sociedades seguradoras e resseguradores locais.

As Sociedades de capitalização são regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967. Essa norma estatui em seu art. 4º a submissão dessas sociedades aos procedimentos de fiscalização especial ou de liquidação extrajudicial perante a superintendência de seguros privados, nos termos do art. 4º, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e do art. 3º, da Lei nº 10.190, de 14 de fevereiro de 2001. Portanto, os mesmos procedimentos recuperatórios aplicáveis às sociedades seguradoras, aplicam-se às sociedades de capitalização.

O ordenamento jurídico alterna entre mecanismos recuperatórios para alguns agentes econômicos e institutos liquidatários para outros. Para os consumidores, as associações, as fundações, as pessoas naturais e as sociedades não empresárias inexistem normas regulamentadoras de sistemas de recuperação, restando-lhes a vala comum da liquidação.

5.3 Considerações sobre o tratamento legislativo específico em caso de crise

5.3.1 O tratamento específico do consumidor superendividado

Inserir-se no contexto da recuperação do devedor em crise o tratamento específico do consumidor superendividado. Essa situação particular é tratada por ordenamentos jurídicos de outros Estados e vem sendo objeto de debates doutrinários e legislativos no Congresso brasileiro. Embora sejam conceitos em simbiose, cabe estabelecer uma distinção entre a situação específica do superendividamento do consumidor e a da insolvência das demais pessoas não empresárias.

A distinção havida entre a insolvência civil e o superendividamento do consumidor no plano legislativo nacional é marcante. A insolvência é, há séculos, regulamentada, ao passo que o superendividamento do consumidor é objeto de estudos e proposições um pouco mais recentes no Brasil e em outros países, até mesmo pelo fato de que a edificação do direito do consumidor é mais contemporânea.

A insolvência, sobretudo a empresarial, é objeto de ampla regulamentação e, inclusive, com previsão de recuperação do agente econômico. Por sua vez, o superendividamento é objeto de um Projeto de Lei (PL) que tramita no Congresso Nacional com tendências recuperatórias.⁸³

⁸³ O Projeto de Lei em questão é o de nº 281 (do Senado), de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor. Fabiana Prietos Peres pondera que não haverá uma tutela generalizada aos consumidores, mas apenas aos consumidores superendividados junto às instituições financeiras (PEREZ, 2013, p. 37).

Esse PL tem lastro nas relações econômicas amplamente difundidas a partir da expansão da oferta do crédito à população pelas instituições financeiras, além de estarem alicerçadas no modo de vida, sobretudo o ocidental, que impele o indivíduo a uma postura consumista.

O apelo social pela regulamentação do superendividamento foi ouvido primeiramente pelo Poder Judiciário. Sem que houvesse previsão legal que estruturasse e sistematizasse a recuperação do consumidor superendividado, iniciativas da Justiça abrigaram os consumidores que buscaram a prestação jurisdicional para reequilibrar a sua vida financeira. Um projeto que teve início no Rio Grande do Sul e se expandiu para São Paulo, Pernambuco e para outros estados-membro do país conferiu amparo ao consumidor superendividado. Trata-se de uma adesão ao projeto do Conselho Nacional de Justiça, denominado ‘Conciliar é Legal’.⁸⁴

Essa adesão tem como área de atuação o tratamento das situações de superendividamento do consumidor. As premissas consistem em trabalhar as modalidades de conciliação paraprocessual e conciliação processual por meio das quais o consumidor pessoa natural, considerado de boa-fé e que não tenha contraído crédito para o exercício de suas atividades profissionais, com qualquer renda familiar, pode estabelecer um acordo de pagamento com os seus credores.

São consideradas para a negociação as dívidas vencidas ou a vencer, os créditos consignados, os contratos de crédito ao consumo em geral e os contratos de prestação de serviços, sejam eles essenciais ou não. Excluem-se das conciliações as dívidas de natureza alimentícia, de natureza fiscal, os créditos habitacionais, os decorrentes de indenização por ilícitos civis ou penais.

Além desse projeto, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), em parceria com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e com o Ministério da Justiça, criou o Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor. Esse observatório tem por objetivo analisar os problemas na concessão do crédito que permitam servir de substrato para a integração das políticas públicas e da prevenção e tratamento do superendividamento. Uma franca defesa do direito de crédito como um direito fundamental, apto a exigir do Estado uma atuação positiva.

Embora tenha havido esforços setorizados para a regulamentação do

⁸⁴ Cf. o resumo do projeto-piloto no Rio Grande do Sul: “tratamento das situações de superendividamento do consumidor”. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/projeto_superendividamento.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2016.

superendividamento do consumidor, o Estado regulador da atividade econômica ainda não se incumbiu da sua tarefa de regulamentar o soerguimento do devedor consumidor, a permitir-lhe a reinserção no mercado como forma de assegurar a sua existência com dignidade.

No plano internacional, o tratamento do superendividamento está em pauta. Além de diversos países regulamentarem ou reformarem a legislação relativa à matéria, organismos supranacionais suscitam em seus fóruns a discussão do tema, que é preocupação global, sobretudo, a partir da crise financeira de 2008.

Afastando-se as correntes ideológicas ou políticas, verificam-se basicamente duas características de regulamentação havida em outros países, uma de matriz inclinada para o social, que tem como expoente a França e outra de conotação mais liberal, lastreada pelo livre mercado, cujos expoentes são os Estados Unidos da América. O modelo social pressupõe um consumidor frágil a demandar proteção contra as missivas do mercado. Por seu turno, o modelo liberal acredita em um consumidor consciente e autônomo nas suas escolhas (LIMA, 2014, p. 46).

Seja qual for o modelo, o superendividamento é um risco. A necessidade de prevenção revela um meio termo, a exigir uma educação financeira ao consumidor para que ele possa exercer a sua cidadania de forma livre e, ao mesmo tempo, uma atuação estatal que venha a coibir os abusos por parte dos agentes de mercado.⁸⁵

Não obstante, uma vez constatado o superendividamento, seja em país de matriz liberal ou não, verifica-se em muitos deles a previsão normativa hábil a tutelar a dignidade do consumidor, facultando-lhe a reinserção no mercado. Mesmos nos países mais liberais a legislação prevê o perdão da dívida do consumidor que está superendividado para que ele possa voltar ao mercado, denominando-se tal previsão de *fresh start*,⁸⁶ *segunda oportunidad*,⁸⁷

⁸⁵ João Bosco Leopoldino da Fonseca destaca a atuação do Estado em favor do mercado como aquele que tem o “dever de promover a educação, com a finalidade de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (FONSECA, 2014, p. 322).

⁸⁶ O caso paradigmático nos EUA que consistem em um precedente para o *fresh start* é o *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).

⁸⁷ Na Espanha, a *segunda oportunidad* foi editada em julho de 2015, por meio da “Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.” Em seu art. 178 – Bis está o beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, que assim prescreve: “1. El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa”. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2015/07/29/pdfs/BOE-A-2015-8469.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

direito de recomeçar,⁸⁸ dentre outras.

Os organismos internacionais também suscitam o debate do superendividamento. A partir da Crise Financeira de 2008, o Banco Mundial desenvolveu uma pesquisa em 59 países com alta, média e baixa renda, para averiguar a existência de legislação que trate do superendividamento. O relatório produzido a partir da pesquisa aponta que mais da metade dos países com média e baixa renda não possuem legislação prevendo um sistema de insolvência destinado às pessoas naturais superendividadas, o que acarreta exclusão financeira e pobreza.

A repercussão do tema é considerável e os organismos internacionais colocaram-se a desenvolver pesquisas e a apresentar diretivas sobre a matéria do superendividamento. A Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) desenvolveu princípios que sugerem a proteção do consumidor de serviços financeiros.⁸⁹ A International Law Association (ILA-Londres), fixou princípios gerais a serem observados pelos legisladores e pelos órgãos de proteção aos consumidores.⁹⁰ Em 2001 já havia sido publicado um relatório da Federação Internacional de Profissionais de Insolvência (INSOL International) indicando que deveria haver cautela e prevenção no excesso de gastos tendenciosos ao superendividamento⁹¹ (LIMA, 2014, p. 44-45).

No mesmo sentido, o superendividamento passou a integrar a pauta do MERCOSUL. O comitê de defesa do consumidor adotou ações com o objetivo de subsidiar soluções para os superendividamento, dentre elas a criação de um Observatório do Crédito e do superendividamento e a criação de um laboratório para a integração de políticas públicas e ações de prevenção ao superendividamento (LIMA, 2014, p. 45).

Tem-se, portanto, um cenário de ampla preocupação com os impactos sociais e econômicos que se abatem sobre os devedores. A insolvência está regulamentada, mas com

⁸⁸ No Brasil o Direito de Recomeçar é uma tese defendida pela Professora Clarissa Costa de Lima, com enfoque exclusivo para o consumidor. Sua tese, publicada em forma de livro, é citada no presente estudo: “O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores”. No que toca ao Poder Legislativo, tramita no congresso a proposta de reforma do CDC para regulamentar o crédito ao consumidor, limitando a atuação dos bancos.

⁸⁹ Os princípios desenvolvidos pela OECD são: “1. Legal, Regulatory and Supervisory Framework; 2. Role of Oversight Bodies; 3. Equitable and Fair Treatment of Consumers; 4. Disclosure and Transparency; 5. Financial Education and Awareness; 6. Responsible Business Conduct of Financial Services Providers and Authorized Agents; 7. Protection of Consumer Assets against Fraud and Misuse; 8. Protection of Consumer Data and Privacy; 9. Complaints Handling and Redress; 10. Competition”. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

⁹⁰ Os princípios que devem orientar os legisladores, conforme a ILA-Londres, são: princípio da vulnerabilidade, princípio da proteção mais favorável ao consumidor, princípio da justiça contratual, princípio do crédito responsável, princípio da participação dos grupos e associações de consumidores.

⁹¹ Cf. o relatório com as recomendações. Disponível em: <<https://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

dedicação especial aos devedores empresários aos quais a legislação pátria e também de outros países conferem um tratamento recuperatório. Nesse cenário, é visível a regulamentação precária, ou mesmo inexistente, da crise de alguns sujeitos considerados como devedores não empresários, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas.

A proposta deste trabalho é justificar a necessidade da regulamentação do reingresso do devedor ao mercado, especialmente aqueles considerados como não empresários, por meio de uma resposta estatal à crise de conotação legislativa.

5.3.2 A ausência de tratamento normativo recuperatório da pessoa natural não empresária e não consumidora

As pessoas naturais na condição de consumidoras possuem a regulamentação de sua recuperação prevista em diversos ordenamentos jurídicos, uma vez que as características da sociedade de consumo lastreada no crédito revelou a necessidade de se regulamentar a situação dos consumidores superendividados.

Não obstante, mesmo nos países onde se confere tratamento específico ao consumidor, as pessoas naturais que possuem dívidas não relacionadas ao consumo regularmente são excluídas de tratamento semelhante àquele conferido aos consumidores. Esse é o caso das dívidas contraídas, por exemplo, no exercício da profissão na condição de autônomos ou profissionais liberais.

Ao abrigar as dívidas de consumo, diversos ordenamentos afastam o tratamento das dívidas que não se enquadram na mesma natureza. Esse é o caso de Portugal e da Alemanha.

Reside neste ponto mais uma insustentável segregação de alguns devedores em relação aos mecanismos de recuperação e soerguimento, como se as pessoas que contraem dívidas fora da relação de consumo não possuíssem importância para o mercado ou para o direito.

No cenário jurídico brasileiro, a pessoa natural possuía (e ainda possui) a sua insolvência civil regulada pelo Código de Processo Civil revogado, cuja previsão está entre os arts. 748 e 786-A. A norma processual em vigor, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, não regulamentou a insolvência civil ou qualquer execução concursal da pessoa natural.

Contudo, o legislador, pressentindo a necessidade da elaboração de lei específica que regulamente a insolvência do devedor pessoa natural, determinou a aplicação transitória da lei revogada no que toca às execuções contra devedor insolvente, ao teor do art. 1.052. Não se trata de repristinação. O legislador fez prever a aplicação da legislação revogada até que seja criada uma lei específica.

A insolvência prevista no Código de Processo Civil confere a tímida possibilidade de renegociação das dívidas após a declaração de insolvência. Cuida-se não de um direito subjetivo do devedor de se reorganizar, mas, sim de uma previsão normativa inclinada à conciliação entre as partes no que toca à forma de pagamento. É o que se infere do art. 783, do Código de Processo Civil revogado.

Assim, a pessoa natural que possui dívidas não relacionadas à atividade empresarial ou de natureza consumerista não goza de qualquer mecanismo de soerguimento, mas apenas do instituto da insolvência civil de caráter liquidatário. Perdeu-se a oportunidade de regulamentar, com a edição da Lei nº 13.105, um mecanismo de soerguimento dos devedores em estado de crise econômico-financeira.

5.3.3 A liquidação das sociedades simples e das sociedades não personificadas

As sociedades que não exercem a atividade empresária, denominadas de sociedades simples, por estarem fora do âmbito de aplicação da Lei nº 11.101/05, não possuem direito à recuperação conferida às empresas.

Resta-lhes a aplicação das normas que regulamentam a liquidação das sociedades simples. Ao teor do § 2º, do art. 1.038, do Código Civil, as normas relativas à liquidação da sociedade simples estão disciplinadas entre os arts. 1.102 a 1.112 do CC, aplicando-se supletivamente o Código de Processo Civil, conforme orienta o art. 1.111 do CC.

Tanto nas disposições do Código Civil quanto nas previsões do Código de Processo Civil em relação à matéria sob análise, não se tem mecanismos de recuperação. A lógica é a da liquidação do ativo para quitar o passivo. Não há direito objetivo à recuperação a ser invocado pelo devedor.

Por seu turno, as sociedades não personificadas comportam regulamentações distintas, a depender da natureza da sua atividade. Tem-se certo que a definição de uma sociedade como empresária ou como sociedade simples (não empresária), diz respeito à natureza da sua atividade desenvolvida, nos termos do art. 966, do CC.

Se a sociedade desenvolve uma atividade de natureza empresarial será ela considerada uma sociedade empresária. Se, contudo, a sociedade não exerce uma atividade de natureza empresarial, será ela considerada uma sociedade simples.⁹² Não importa se a sociedade é ou não personificada.

⁹² Atente-se para o parágrafo único do art. 982, do CC, a prever que, independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

As sociedades não personificadas previstas no Código Civil são a *sociedade em comum* e a *sociedade em conta de participação*. Qualquer das duas sociedades, ainda que exerçam atividade empresária, não terão direito ao instituto da recuperação previsto na lei 11.101/05. Isso pelo fato de que a *sociedade em comum* é considerada de fato e não tem acesso à recuperação, embora possa ter a sua falência decretada. E, no caso da *sociedade em conta de participação*, a sua liquidação é regida pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual, conforme termina o art. 996 do CC. A *ação de exigir contas* está prevista na lei processual em vigor, o Novo Código de Processo Civil, entre os arts. 550 e 553.

Conclui-se, portanto, que não há previsão de institutos recuperatórios para as sociedades simples quanto para as sociedades não personificadas, exerçam elas ou não a atividade empresarial.

5.3.4 O tratamento normativo da insolvência das associações e das fundações

As associações privadas encontram sua regulamentação básica no Código Civil, que não faz qualquer menção aos mecanismos articulados de liquidação ou recuperação da associação.⁹³ Em seu art. 61, a norma indica o destino do patrimônio líquido em casos de dissolução. O art. 51 determina a aplicação das disposições relativas à liquidação das sociedades, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado, incluindo-se as associações. Portanto, são aplicáveis supletivamente às associações as normas relativas à liquidação da sociedade simples disciplinadas entre os arts. 1.102 a 1.112 do CC.

Além de se observar tais normas, torna-se imperioso analisar as previsões do estatuto da associação em liquidação, pois nele podem estar previstas formas de distribuição do ativo líquido após a quitação de seus débitos.

Contudo, as normas civil e processual civil que são aplicáveis à espécie não fazem referência a institutos que versem sobre reorganização ou superação da crise eventualmente experimentada por uma associação, assim como não cabe ao estatuto criar o direito subjetivo ao soerguimento em momentos difíceis. É preciso haver uma *norma agendi*.

O mesmo ocorre com as fundações, uma vez que estas não possuem uma regulamentação específica acerca da sua insolvência, senão relativa apenas à sua liquidação. Tanto no caso das associações quanto das fundações, as regras gerais relativas à insolvência podem estar previstas em seus estatutos, entretanto, sempre ao amparo e nos limites da

⁹³ A carência normativa das associações revela que nem mesmo a falta de patrimônio é justificativa para a sua extinção, embora possa impactar a consecução dos seus fins (MAIELLO, 2012, p. 226).

legislação.

5.3.5 Considerações acerca da insolvência de pessoas jurídicas de direito público

A constatação econômica da insolvência das pessoas jurídicas de direito público é algo extremamente comum. Há no Brasil e no mundo casos de insolvência, de moratória e de outros efeitos da crise econômico-financeira dessas pessoas.

Um dos casos emblemáticos da história recente teve como protagonista o município norte-americano de Detroit, em Michigan. Esse município representou um marco ao ser o primeiro grande município norte-americano a se enquadrar nas regras do *Chapter 9*, do *Bankruptcy Code*, o capítulo do código de quebras que trata da insolvência dos municípios.

Embora a situação fática de insolvência de pessoas jurídicas de direito público no Brasil seja algo relativamente comum,⁹⁴ não há no ordenamento jurídico nacional previsões semelhantes àquelas do capítulo 9 do código de quebras norte-americano; hábil a ensejar a superação da crise vivida pela municipalidade.

Ordinariamente, a superação da crise é feita mediante a gestão da coisa pública que, no caso dos municípios e estados-membro, fica a cargo do Poder Executivo e vem costumeiramente acompanhada do aumento da arrecadação via instituição ou majoração de tributos.

Uma situação peculiar e questionável diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista. A empresa pública e a sociedade de economia mista não se submetem ao regime da Lei nº 11.101/05, não podendo, portanto, acessar a recuperação de empresas.

Trata-se de um contrassenso que ainda não está resolvido por nossas cortes. Veja-se que a Constituição determina que o Estado, ao intervir diretamente na economia, deve obedecer ao regime jurídico de direito privado,⁹⁵ inclusive quanto às questões comerciais, sobretudo, de conotações falimentares. Por outro lado, a Lei nº 11.101/05 exclui o Estado ao afastar do seu âmbito de aplicação as empresas públicas e sociedade de economia mista. Portanto:

⁹⁴ O Município de Betim, em Minas Gerais, decretou estado de calamidade financeira por meio do Decreto nº 39.692, de 07 de março de 2016. Disponível em: <http://www.betim.mg.gov.br/arquivosorgao/orgaooficial_9_1224_1_08032016.pdf> Acesso em: 20 mar. 2016.

⁹⁵ Cf. o Art. 173 da Constituição da República, de 1988, que assim dispõe: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

De plano, o dispositivo da Lei de Falências não parece mesmo consentâneo com a *ratio* inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. De fato, se esse último mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova Lei de Falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não admitir para aquelas. Seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 559).

Assim, essas pessoas jurídicas não estão sujeitas à falência ou recuperação, embora amplamente questionável a ocorrência do descumprimento do art. 173, § 1º, da Constituição da República. Prevalece para o caso dessas instituições a paridade de formas entre a sua criação e dissolução, o que quer dizer que elas são criadas por lei e sua liquidação por esta também é definida.

Conclui-se, portanto, que não há um sistema jurídico de recuperação para as pessoas jurídicas de direito público, embora ocorra, na prática, um aumento da arrecadação ou a utilização de outros métodos de gestão da coisa pública para fazer frente ao passivo e a crise econômico-financeira de tais pessoas.

5.4 A previsão de institutos recuperatórios em ordenamentos jurídicos de outros Estados

O sistema de insolvência no Brasil é multifacetado. A primeira grande separação está entre a insolvência do empresário e do não empresário. Com essa dicotomia, o resultado é um sistema de insolvência regulamentado por diversas normas, as quais tratam de forma diferente os agentes econômicos.

A existência do emaranhado de leis que disciplinam a insolvência no Brasil não coaduna com a tendência de alguns ordenamentos jurídicos de unificar os procedimentos concursais. Alemanha, França, Espanha, Portugal e EUA são exemplos de países nos quais a unificação do Direito Concursal, empresarial e civil, é uma realidade.

Nos Estados Unidos da América, além da unificação do Direito Concursal, o reconhecimento da importância de toda e qualquer atividade que promova o desenvolvimento econômico e social é conferido pelo *Bankruptcy Code*, que permite o soerguimento dos empresários e dos não empresários. Nesse país, várias teorias foram adotadas para soerguer os agentes econômicos durante a crise financeira desencadeada em 2008, como a *too big to*

*fail theory*⁹⁶ (DUARTE; HERBST, 2013, p. 30).

Na Alemanha não há uma dicotomia que impossibilite a aplicação dos institutos recuperatórios aos devedores de modo geral. Ao contrário, reformas legislativas foram introduzidas para permitir aos demais devedores em estado de crise superável à sua reorganização. A mais indicativa reforma a favor da recuperação do agente econômico foi a edição da *Insolvenzordnung*, apelidada de InsO. Essa norma derogou suas antecessoras, a KO, a VerglO, a DDR e a GesO, reformando e unificando a legislação concursal alemã.⁹⁷

A InsO, além de simplificar a legislação acerca da matéria, foi a primeira norma alemã a tratar da manutenção das empresas. No mesmo sentido, tal norma permite a reorganização de qualquer devedor no bojo do processo de insolvência. O critério básico estabelecido pela InsO prevê que sua aplicação incida sobre o patrimônio de pessoas vivas. Assim sendo, verifica-se a possibilidade de aplicar a reorganização tanto em face do devedor empresário quanto do devedor consumidor, possuindo este um conceito muito amplo definido pela InsO (COROTTO, 2009, p. 61).

Na França, desde 1967, por ocasião da Lei 67-563, já se vislumbrava uma distinção entre o homem e a atividade por ele exercida. Isso é um fator determinante para se falar em preservação da empresa. Posteriormente, com a promulgação da Lei 84-148, de 1º de março de 1984, introduziu-se no sistema francês a prevenção e a resolução amigável de dificuldades do negócio (*règlement amiable*). No ano seguinte, 1985, a Lei 85-98 criou a recuperação e a liquidação judicial das empresas. Tal lei, em seu art. 4º, fez prever a possibilidade de que todas as dívidas de natureza civil ou comercial estariam sujeitas à recuperação judicial (LOBO, 1998, p. 179).

Uma das características do sistema francês está na conservação da atividade a partir da prevenção. Tendo sido este objetivo declarado na exposição de motivos, a Lei 94-475, de 10 de junho de 1994, ampliou a coleta de informações econômicas e financeiras sobre a empresa por parte do Estado francês, como procedimento de alerta (*procédures d'alerte*), em especial pelo presidente do Tribunal do Comércio, a fim de permitir uma rápida intervenção com finalidades recuperatória (DÍAZ, 2006, p. 42-43).

Outra reforma levada a efeito culminou com a Lei 2005-845, de 26 de julho de 2005, conhecida como lei de salvaguarda das empresas, que deu ensejo à criação de procedimentos de caráter preventivo, como a conciliação (*conciliation*), em substituição à resolução amigável

⁹⁶ A *too big to fail theory* reflete a preocupação com os agentes econômicos que, por concentrarem volumosos e interconexos negócios podem, caso venham a falir, causar grave dano ao equilíbrio econômico regional ou mesmo global. Tal teoria despontou durante a recente crise financeira global.

⁹⁷ A sistemática de reorganização no direito alemão está minuciosamente delineada em Susana Corotto (2009).

(*règlement amiable*), que se operava em uma fase muito inicial da crise empresarial.

Afora os procedimentos ora alinhavados, remanesce na França o procedimento administrativo específico, apartado dos procedimentos concursais para as pessoas naturais consumidoras, profissionais autônomas e para o empresário individual, sempre que não se tratar de dívidas profissionais. Tal possibilidade está prevista no Código do Consumidor (*Code de la consommation*), entre os seus art.s L. 330-1 e 333, que tratam do superendividamento.⁹⁸

Na Espanha, a atual legislação acerca do concurso de credores está em vigor desde 2004, tendo sido pontualmente reformada após a sua entrada em vigor. Por disposição expressa do seu art. 1º, que trata dos pressupostos subjetivos, determina a sua aplicação a qualquer devedor, seja pessoa natural ou jurídica.⁹⁹

A *Ley Concursal* unificou os procedimentos, antes aplicáveis separadamente, ao empresário e ao devedor não empresário, com exceção apenas das instituições governamentais. Alguns dos motivos apresentados como fundamento para a superação da dicotomia no tratamento da insolvência empresarial e da civil consistem na superação do caráter repressivo da insolvência mercantil e na simplificação do sistema de insolvência ante a uma lei que possa inteligentemente regulamentar o processo concursal.¹⁰⁰

A unificação promoveu a utilização da expressão *concurso* como gênero do qual derivam os procedimentos liquidatórios ou de conservação da atividade do devedor. Mais do que isso, ao unificar, abriu-se a possibilidade de permitir, como regra, a continuação da atividade profissional ou empresarial, com a prática de atos indispensáveis ao exercício de atividade fim do devedor, conforme dispõe o art. 44 da lei concursal espanhola. Esse é o reflexo de uma mudança de postura, que deixa de ter o processo liquidatório como regra e passa a creditar na recuperação a primeira opção em processos dessa natureza.

Por certo, a análise da viabilidade da atividade empresária, assim como do plano de pagamentos do devedor não empresário, são fundamentais para que se possa determinar o caráter liquidatório ou recuperatório dos processos sob a égide da Lei espanhola nº 22 de 2003. Essa norma regulamenta os tradicionais institutos concursais espanhóis, todavia tem

⁹⁸ Cf. o documento. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7B691F0C31D03DB7C1A76B208FB848A2.tpdjo16v_2?idSectionTA=LEGISCTA0000006146587&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20150118>. Acesso em: 02 fev. 2015.

⁹⁹ Eis a previsão do art. 1º, da Lei nº 22, de 9 de julho de 2003: “La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.”. Esta lei pode ser consultada no sítio da *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>> Acesso em: 02 fev. 2015.

¹⁰⁰ A exposição de motivos evidencia as pretensões dos legisladores com a edição da lei em comento.

como prisma novos interesses, de modo que, ao manter em sua essência os procedimentos previamente existentes, leva-os a outras possibilidades de interpretação (DÍAZ, 2006, p. 31).

O sistema de insolvência italiano previa, desde o Decreto nº 267, de 16 de março de 1942, a liquidação forçada administrativa, a concordata preventiva e a administração controlada (*amministrazione controllata*). Em julho de 1978, esse decreto foi modificado pela Lei nº 391, conhecida com *Legge Prodi*, que introduziu a ideia de preservação da empresa, em face dos interesses sociais que em torno dela gravitam (PICOLO, 2012, p. 38).

No ano de 1999, foi introduzido pelo Decreto Legislativo nº 270, o instituto da administração extraordinária das grandes empresas insolventes, para os devedores que possuíam ao menos 200 empregados e contabilizavam débitos inferiores a dois terços do patrimônio e da receita do último exercício. As medidas previstas pela norma estão em seu art. 27, que previa a cessão do complexo fabril ou o programa de saneamento da empresa, com duração de até dois anos.¹⁰¹

Posteriormente, o mesmo espírito recuperatório esteve presente na reestruturação industrial criada pela Lei nº 39 de 2004. Em 2005, o Decreto Legislativo nº 80 promoveu nova alteração no sistema concursal ao modificar, dentre outros institutos, a concordata preventiva.

Nessa mesma esteira, o Decreto Legislativo nº 5, de 9 de janeiro de 2006, revogou a administração controlada e introduziu o acordo de reestruturação (*accordi di ristrutturazione*). Por esse instituto, o devedor poderá apresentar a par da concordata preventiva um plano de reestruturação com laudos acostados, cuja aprovação deve se dar por, ao menos, sessenta por cento dos créditos. Tal acordo é extrajudicial e a validade depende apenas do seu depósito no Registro de Empresas do local do principal estabelecimento do devedor (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 219).

Após o advento da crise financeira de 2008 e a dificuldade da retomada do crescimento, foi editado na Itália o Decreto Lei nº 83, de 22 de junho 2012, nominado de Decreto do Crescimento, cujo intuito é o de retirar as empresas da crise.¹⁰² Para tanto, aludido decreto institui a possibilidade dos devedores cujas atividades sejam viáveis, mas em crise temporária, pedirem ao Tribunal autorização para a contração de empréstimos. Notadamente, tal empréstimo é lastreado por um laudo de viabilidade da empresa, assim como um plano

¹⁰¹ Cf. a íntegra da legislação. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/99270dl.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

¹⁰² Cf. o documento. Disponível em: <http://www.agid.gov.it/sites/default/files/leggi_decreti_direttive/dl-22-giugno-2012-n.83_0.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2016.

para sua reestruturação, conforme prevê o art. 182-bis L.¹⁰³

Em Portugal, a legislação concursal foi amplamente reformada em 2004, quando entrou em vigor o Decreto-Lei nº 53, que instituiu o Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas, conhecido como CIRE.¹⁰⁴ No mesmo ano, para sanar algumas omissões, o Decreto-Lei nº 200 introduziu algumas alterações verificadas no Decreto-Lei nº 53.

Ante a crise econômica deflagrada em 2008, a Troika conduziu alguns países à alteração de suas legislações, do que decorreu a Lei nº 16, de 20 de abril de 2012. Foi realizada, assim, a sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal, com a finalidade de simplificar formalidades e procedimentos, além de instituir o processo especial de revitalização.

O procedimento concursal possibilita a liquidação do patrimônio do devedor, assim como a sua reorganização. Note-se que tanto o empresário como não os empresários estão sujeitos ao CIRE, conforme art. 2º. Contudo, à semelhança do que ocorre no Brasil, estão excluídos do âmbito da CIRE, as pessoas coletivas públicas e as entidades públicas empresariais. Do mesmo modo, excluem-se as *empresas* de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as *empresas* de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades. Tudo ao teor do art. 2º.

O caráter recuperatório está explícito no art. 17, ao instituir o processo especial de revitalização, acessível tanto aos empresários como aos não empresários. Esse processo destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, encontre-se em situação econômica difícil ou em situação de insolvência iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores, de modo a concluir com estes um acordo conducente à sua revitalização.

O conceito de situação econômica difícil está previsto no art. 17º B. Por esse art., encontra-se em situação econômica difícil o devedor que enfrentar dificuldades sérias para cumprir pontualmente as suas obrigações, especificamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito. Daí, mais uma vez, a importância do crédito como elemento fundamental para o exercício da atividade econômica.

¹⁰³ A insolvência civil tem se revelado um drama recuperatório na Itália. Embora haja previsão para o soerguimento dos devedores, geralmente este possuem poucos bens e renda. Isso justificaria a efetiva implantação no ordenamento italiano de um sistema de *fresh start* (GALLETTI, 2004).

¹⁰⁴ Cf. o documento. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis>. Acesso em: 08 fev. 2016.

Ainda, no mesmo sentido de sanear as dívidas, o devedor pessoa singular, pode apresentar, conjuntamente com a petição inicial do processo de insolvência, um plano de pagamentos aos credores, conforme art. 251, distinto do plano de insolvência, sendo este destinado aos empresários. Esse plano de pagamentos pode prever moratórias, perdões, constituições de garantias, extinções, totais ou parciais de garantias reais ou privilégios creditórios existentes, um programa calendarizado de pagamentos ou o pagamento numa só prestação e a adoção de medidas concretas pelo devedor de qualquer natureza suscetíveis de melhorar a sua situação patrimonial.

Nos Estados Unidos da América, a crise dos agentes econômicos é regulamentada basicamente pelo *Bankruptcy Code*, cuja origem está no *Bankruptcy Act*, de 1898. O atual Código, de 1978, foi alterado várias vezes, e ainda existem no congresso norte-americano uma série de projetos¹⁰⁵ com vista a alterá-lo, sobretudo, após a Crise Financeira desencadeada em 2008.

O *Bankruptcy Code* é norma federal que se aplica aos casos de insolvência empresarial ou não. Sua subdivisão em capítulos evidencia regras gerais e procedimentos específicos. O capítulo 7 cuida do procedimento de liquidação. O capítulo 11 disciplina a reorganização e o capítulo 13 trata do ajuste de dívidas para os indivíduos.

Notadamente o paradigma recuperatório está presente no *Bankruptcy Code*. Pelo capítulo 7, que trata da *discharge* (extinção das dívidas), o devedor entrega todo o seu patrimônio penhorável (a relação de bens penhoráveis varia de acordo com o estado) em um processo de liquidação. Os bens são vendidos e o produto é dividido entre os credores, sendo o devedor, rapidamente, liberado de suas dívidas.

Tal reorganização prevista no capítulo 11 pode ser requerida por sociedades anônimas, firmas individuais, associações, etc. Ficam excluídos do direito à reorganização prevista no capítulo 11 os corretores de ações, de mercadorias e o município, que possui tratamento específico. O objetivo é manter o exercício da atividade com o pagamento dos credores ao longo do tempo.

A reorganização é proposta pelo devedor ou seus credores junto ao juízo competente, que deferirá o pedido se aquele não estiver pagando suas dívidas nos respectivos vencimentos. Com a distribuição do pedido, ocorre a suspensão temporária dos pagamentos das dívidas e

¹⁰⁵ Cf. o documento. Disponível em: <<https://www.congress.gov/search?q={%22source%22%3A%22legislation%22%2C%22search%22%3A%22Bankruptcy%20Code%22}>>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

das execuções, o *automatic stay*.¹⁰⁶

O devedor apresenta um plano e junto a ele um *disclosure statement*, que é um documento dirigido aos credores, esclarecendo-os sobre plano de reorganização ao tempo em que os permite exercer o direito de voto. Assim, antes de submeter o plano à Corte da Bancarrota, ele deverá ser aprovado pela maioria dos credores com interesses financeiros. Durante a reorganização, o devedor ou o síndico poderão convertê-la em outro procedimento antes de sua conclusão.¹⁰⁷

O capítulo 13 prevê o reajuste dos débitos de uma pessoa de renda regular. Por esse procedimento, o indivíduo estabelece um calendário de pagamentos aos seus credores e uma reorganização de suas dívidas, como alternativa à liquidação. O devedor destina, durante até três anos, parte dos seus rendimentos ao pagamento dos credores, inclusive àqueles que possuam garantias reais, sob o controle de um *trustee* (síndico). Ao fim do procedimento (de 2 a 3 anos), o devedor recebe o *discharge*.

Após a verificação dos requisitos pelo *means testing*,¹⁰⁸ o devedor é recomendado a adotar um dos procedimentos previstos no *Bankruptcy Code*, de natureza eminentemente administrativa, com a participação do judiciário em questões pontuais, pois a maior parte dos atos são praticados perante a U.S. *trustee*.¹⁰⁹

O modelo liberal norte-americano não adotou, como o fizeram os franceses, a figura de conselheiro financeiro. Esse *debt counselling* poderia ter conotações morais incompatíveis com o liberalismo norte-americano.

A preocupação com a insolvência que com o retorno do agente econômico ao mercado tem sido uma realidade em diversos ordenamentos jurídicos e isso representa para os Estados que realizaram reformas legislativas, um ganho competitivo. Assim:

Em uma era de globalização e de crescente competitividade, a habilidade de uma Nação em empregar e reempregar seus ativos eficientemente é um componente crucial de sua capacidade competitiva. Um elemento crítico dessa habilidade é a forma como as organizações insolventes são tratadas. (BROWN, 2004, p. 17).

Pelo exposto, a sociedade brasileira carece de um verdadeiro direito recuperatório que

¹⁰⁶ Um breve comentário no sítio da US Courts. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/bankruptcy-basics-glossary>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹⁰⁷ Um breve comentário no sítio da US Courts. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/bankruptcy-basics-glossary#content-for-d>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹⁰⁸ As autoridades judiciárias americanas disponibilizam em seu site os formulários de teste para o enquadramento dos devedores nos mecanismos de insolvência disponíveis. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/forms/means-test-forms>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

¹⁰⁹ Cf. o documento. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/trustees-and-administrators>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

possa garantir a dignidade das pessoas e a sustentabilidade do sistema econômico. É urgente a reforma da legislação brasileira que assegure uma nova relação dos agentes econômicos na denominada Sociedade do Crédito.

6 TEORIA DA RECUPERAÇÃO SUSTENTÁVEL

6.1 A subserviência do direito frente aos interesses econômicos

O modelo neoliberal econômico amplamente difundido no mundo após a segunda guerra mundial tem fundamentos na intervenção mínima do Estado na economia. Por essa teoria, acaso não fosse possível a completa ausência do ente estatal, inclusive do ponto de vista normativo, deveria sua atuação ser reduzida, configurando o Estado mínimo.

O livre mercado passou a ser compreendido como um *locus artificialis* no qual a única regra seria a ausência de regras ou, quando muito, se estas existissem que fossem elas claras, gerais, que permitissem ao mercado a certeza e a previsibilidade necessária ao planejamento e atuação dos agentes econômicos.

Ao Estado, portanto, caberia o papel secundário de mínima intervenção apenas para criar normas indispensáveis ao bom funcionamento do mercado no sentido de conferir a manutenção de uma ordem predisposta ao crescimento econômico capitaneado pelas instituições já consagradas pelo capitalismo (SANTOS, 2011, p. 21). Isso revela uma faceta do mercado que “serve apenas como substituto retórico para a organização das relações econômicas com base em puras relações de poder e de domínio de informação” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 78).

As concepções jurídicas positivistas de caráter neutro e objetivo serviram e ainda servem aos auspícios econômico-liberais. Nesse cenário, o direito cumpriria a mera função de estabelecer as regras de um jogo no qual aqueles que a produzem, fazem-no para manter o *status quo*, a pretexto de que as normas claras e a mínima intervenção do Estado representariam um respeito às liberdades individuais. Sob outro olhar, a intervenção estatal na economia, especialmente em razão de interesses sociais, representaria em termos econômicos uma ameaça à eficiência do mercado e à liberdade do indivíduo.¹¹⁰

A ausência do Estado e de sua normatividade abriria espaço para o surgimento de uma atividade paranormativa de organismos a serviço de interesses explícita e exclusivamente econômicos. Ademais, afora utilizar o direito emanado do Estado como forma de plasmar juridicamente interesses econômicos, as instituições capitalistas engendraram uma articulação

¹¹⁰ Amartya Sen questiona em um paper como é pressuposta a liberdade no mercado e como este mercado pode contribuir para a própria liberdade: “Second, the idea of freedom involves several distinct issues, including process and procedures as well as actual opportunities that people have to live the way they would choose. It is necessary to distinguish between the different aspects of freedom to have a better understanding of the distinct ways in which the promotional of freedom can be judged” (SEN, 1993, p. 538).

com vistas a conduzir a própria atuação política e judicante para o mercado.¹¹¹

É preciso, pois, profanar o direito. É necessário compreender que sua subserviência frente aos interesses econômicos revela uma faceta da crise na qual imerge o Estado e o próprio direito.¹¹² Daí a urgência de se analisar criticamente o papel do direito nesse cenário, permitindo-se erigir debates em torno das suas premissas básicas, tais como a cientificidade, a objetividade, a neutralidade, a estatalidade e a completude (BARROSO, 2003, p. 14).

Mais ainda, é indispensável criticar o papel do jurista. Anteriormente voltado para a normatividade, atuando com austera cientificidade e neutralidade, o jurista deve hodiernamente agir com atenção à realidade socioeconômico-ambiental para qual essa normatividade está voltada. O positivismo jurídico garantiu a segurança e a estabilidade do sistema econômico com um conjunto de normas sistematizadas, objetivas e neutras, que conduziram a uma redução irreal do direito à mera norma.

Contudo, atualmente, há premente necessidade de adotar uma visão que supere a ultrapassada atuação imparcial para colocar no núcleo da atuação do jurista a situação concreta, uma compreensão problematizada do direito e, sobretudo, o plano de proteção e efetivação dos direitos como condições legitimantes do próprio direito (ALMEIDA, 2010, p. 15).

O jurista dá sentido ao direito que “existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida” (COELHO, 2004, p. 334).

Em face das crises econômicas que repercutem na esfera dos indivíduos e das instituições, sobretudo, ao limitar-lhes o exercício e o desenvolvimento dos seus direitos, apresentam-se várias expectativas em face do sistema jurídico. Nesse sentido, com estrita relação ao objeto de estudo, amplia-se a necessidade de instrumentos de recuperação do agente econômico em estado de crise como forma de permitir a potencialidade de relações jurídicas das quais dependem o agente econômico para a manutenção de seus direitos fundamentais.

Notadamente, não há no ordenamento jurídico brasileiro uma abertura a toda e

¹¹¹ Acerca da atuação jurisdicional voltada para o mercado, Boaventura assim pondera: “O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da ligação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.)”. (SANTOS, 2007, p. 16).

¹¹² Cf. a obra de Cassese (2010).

qualquer pessoa, física ou jurídica, aos mecanismos de reorganização em momentos de crise. Não se verifica, do mesmo modo, um tratamento isonômico dos agentes econômicos. Isso revela um paradoxo, pois “a redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de igualdade de acesso a certo número de bens julgados fundamentais” (PIKETTY, 2014 p. 598).

Veja-se que institutos recuperatórios previstos no ordenamento jurídico estão essencialmente voltados para empresários. Não obstante, a grande massa de pessoas não empresárias que pode ter a sua dignidade violada por não ter acesso ao mercado, não recebe qualquer incentivo para o reingresso no mercado.

6.2 A inexistência de acesso a mecanismos jurídicos de recuperação para todos os agentes econômicos no Brasil

O agente econômico em estado de crise desperta o interesse dos estudiosos, sobretudo, das ciências econômicas e jurídicas. Por certo, aquele que se encontra em crise tem acesso limitado aos serviços e bens de consumo, muitas vezes indispensáveis para sua existência com dignidade. Não se nega, contudo, o fato daqueles que são credores do devedor em crise possuir, *a priori*, o legítimo direito de receber o que lhes seja juridicamente devido.

No bojo desse contraponto, estabelecer um mecanismo de conformação dos direitos dos credores com a garantia dos direitos fundamentais do devedor, sobretudo, em fase de recuperação, é medida de extrema relevância que pode ser revelada de forma tópica, em cada caso concreto, ou mesmo em sentido macro, sob a ótica da sustentabilidade do sistema.

Essa preocupação repercutiu na seara jurídica, influenciando a mudança do ordenamento e da doutrina. Nesse sentido, diversas normas foram criadas para assegurar a ordem do mercado e, quanto aos processos concursais, medidas legislativas foram adotadas para disciplinar a liquidação do patrimônio de agentes econômicos que estivessem em estado de crise. Além disso, desencadeou-se a criação de mecanismos de recuperação do empresário insolvente em crise superável.

A produção de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu de forma dispersa, sendo que, hodiernamente, existem diversos diplomas normativos que tratam dos processos concursais. Além da Lei nº 11.101/05, nominada lei de falências e recuperação de empresas, única a prever a recuperação como mecanismo sistêmico e alternativo à liquidação do insolvente, vigoram outras normas que tratam da insolvência, conforme visto no quinto

capítulo.¹¹³

A existência do emaranhado de leis que disciplinam a insolvência no Brasil não coaduna com a tendência de reunir em uma teoria geral as regras dos procedimentos concursais de matriz recuperatória (RIBEIRO, 2008, p. 540).

No Brasil, permanece a distinção entre a insolvência empresarial e a insolvência civil, sendo que esta diz respeito apenas ao procedimento de liquidação, não possibilitando o soerguimento do agente econômico em crise. Deste modo, tem-se que:

O devedor civil, ou seja, aquele que não está sujeito à LRFE e às legislações, é até hoje o mais prejudicado com essa segregação legislativa, pois as regras sobre a insolvência civil não prevêm o direito à reestruturação e renegociação de seus vínculos contratuais [...]. (COROTTO, 2009, p. 237).

Tem-se, portanto, um cenário complexo, com uma dicotomia entre a insolvência civil e a empresarial, coexistente com procedimentos de intervenção e de liquidação de alguns tipos de pessoas jurídicas, na medida em que exerçam atividades regulamentadas em lei especial, como é o caso das instituições financeiras (PACHECO, 2007, p. 29).

No âmbito internacional, a interconexão das economias dos países revela a necessidade de arrecadação dos bens do devedor e pagamento dos credores, em caso de insolvência empresarial com repercussão transfronteiriça.¹¹⁴ Tal preocupação vem sendo materializada em rodadas de discussões acerca da matéria, na esteira das discussões da criação da Lei Modelo UNCITRAL¹¹⁵ e do Regulamento (CE) nº 1.346/00.¹¹⁶

¹¹³ A Lei nº 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, o Decreto-Lei nº 73/66, que trata da liquidação das seguradoras, quando se configura a insolvência econômico-financeira, e a Lei nº 5.764/71, que disciplina o regime jurídico das sociedades cooperativas, não definem procedimentos de recuperação dos mencionados agentes. No mesmo sentido, a Lei nº 5.869/73 - Código de Processo Civil (revogado), que trata do processo de insolvência civil e do concurso universal de credores, tem conteúdo meramente liquidatário.

¹¹⁴ A questão da falência transfronteiriça é um problema conhecido desde a Idade Média, que foi narrado por CALDERON (2011, p.32-33), nos seguintes termos: “O caso mais antigo de que se tem notícia é a falência do Banco Ammanati de Pistoia, em 1302. A falência da entidade levou também ao fechamento de sua filial em Roma, criando pânico generalizado de seus clientes, dentre eles a Santa Sé e importantes membros da cúria romana. O Banco Ammanati, como consequência de suas numerosas filiais espalhados pelo Velho Continente, apresentava seu patrimônio disperso por toda Europa. Com a decretação da falência em Pistoia, tentou-se transladar os bens existentes em Roma para essa cidade. Após escutar a reclamação dos credores locais, e cuidando também de interesse diretamente vinculados com a Santa Sé, o Papa Bonifácio VIII tomou medidas para tentar resolver a situação. Primeiramente, proibiu os donos do Banco disporem de seu patrimônio em Roma e também impediu aos devedores do mesmo que pagassem suas dívidas sem o prévio consentimento da Santa Sé. Apesar de tais medidas terem efeito limitado dentro da Cidade de Roma, sua eficácia no exterior foi possível graças à colaboração dos donos do Banco, que se comprometeram a não retirar seu patrimônio de Roma em troca de certas prerrogativas oferecidas pelo próprio Papa.”

¹¹⁵ Cf. Lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html> Acesso em: 10 fev. 2016.

Os recentes casos de insolvência¹¹⁷ e de crise econômica experimentados por diversas multinacionais evidenciam a necessidade de se repensar a unificação dos procedimentos relativos à insolvência internacional, além da unificação do tratamento conferido ao empresário e ao civil.

O imperativo de uma análise da dicotomia do Direito Concursal, atualmente existente, torna-se patente na medida em que diversas atividades econômicas de relevo para a sociedade são excluídas da aplicação da Lei n. 11.101/05, que oferece apenas aos devedores empresários um caminho alternativo em relação à falência (COROTTO, 2009, p. 239).

As cooperativas, por exemplo, mesmo sendo de grande importância para a economia, estão afastadas da possibilidade de recuperação em caso de insolvência, por não serem empresárias.¹¹⁸ Do mesmo modo, as fundações, as associações e a pessoa natural não podem ter acesso à recuperação, posto que tal instituto destina-se apenas aos empresários que não estejam excluídos pelos arts. 1º e 2º da Lei nº 11.101/05.¹¹⁹

A unificação do Direito Concursal em outros ordenamentos permitiu não só uma simplificação do sistema jurídico,¹²⁰ como também uma melhor aplicação dos institutos que lhes são próprios. No direito comparado, a unificação permitiu em muitos casos a extensão de institutos que, no Brasil, são reservados apenas aos empresários que se submetem ao regime da Lei nº 11.101/05, ou outros mecanismos de abrandamento da crise em instituições estrategicamente submetidas à intervenção estatal direta (DÍAZ, 2006, p. 115).

Nesse sentido, uma análise constitucionalizada torna-se indispensável, posto que os

¹¹⁶ Diante da crise deflagrada em 2008, a Comissão Europeia por meio do Conselho Europeu reuniu-se em 2012, em Estrasburgo, para elaborar uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altere o Regulamento (CE) nº 1346/00 relativo aos processos de insolvência. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_pt.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016. Sobre o tema, Vera Helena de Mello Franco e Rachel Stajn, assim ponderam: “Nas diversas leis há preocupação constante em disciplinar a situação de falência no exterior, seguindo, de modo uniforme, as normas de Direito Internacional Privado sobre o tema, conforme o modelo do Regulamento CE n. 1.346/2000 para o procedimento de insolvência e, também, inspiram-se na lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional Privado (CNU-DMI-Uncitral) sobre Insolvências Transfronteiriças, conforme recomendação da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas na Resolução n. 52/158 de 15 de dezembro de 1997 (...).” (FRANCO; STAJN, 2008, p. 28-29)

¹¹⁷ São exemplos de casos que se destacaram na última década, a falência da VARIG, MABE, OSX, dentre outros.

¹¹⁸ O total de cooperados, cooperativas, empregados de cooperativas e valores movimentados na economia por tais instituições vem crescendo ano após ano. Somente as cooperativas agropecuárias congregam 993.564 cooperados e geram 180.891 empregos diretos. Acesso em: <http://www.brasilcooperativo.coop.br/site/agencia_noticias/noticias_detalhes.asp?CodNoticia=12681> Disponível em: 02 jun. 2016.

¹¹⁹ Somente em 2005 as fundações e associações privadas representavam 56,2% das entidades sem fins lucrativos e 5,6% das 6 milhões de entidades públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos no país. Tais instituições empregavam quase 2 milhões de empregados diretos. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv39549.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2016.

¹²⁰ Alemanha, França, Espanha, dentre outros.

princípios constitucionais incidentes sobre a atividade econômica permitem um repensar sobre a legislação concursal, que além de se apresentar fragmentada, é obsoleta, pois em grande parte, foi criada antes do advento da Constituição da República de 1988 (COROTTO, 2009, p. 238).

Sendo assim, a celeuma que surge do tratamento diferenciado entre os agentes econômicos submetidos a processos de insolvência faz surgir uma indagação. Tal questionamento se assenta na permissão do acesso à recuperação por aqueles que dele são atualmente excluídos.

A importância do tema está calcada, especialmente, no tratamento igualitário entre os empresários e os não empresários quanto aos procedimentos de insolvência, em especial, o acesso à recuperação daquele que se encontra em estado de crise econômico-financeira, ou *multiendividado* (SANTOS, 2011, p. 70).

O tratamento igualitário se funda na necessidade de se atender ao princípio constitucional da isonomia, posto que a insolvência atinge tanto empresários quanto não empresário, pessoas jurídicas ou pessoas naturais, os quais estão, quando insolventes, em igual condição subjetiva.

Fundamenta-se, ainda, a importância do presente assunto, na necessidade de se preservar a atividade econômica como um todo, e não apenas daquela denominada como empresarial. Ao cumprir sua função social, o agente econômico de natureza não empresarial produz um ativo social convertido em empregos, tributos, desenvolvimento tecnológico, dentre outros.¹²¹

Torna-se importante frisar que esses estudos podem esclarecer para a comunidade acadêmica e jurídica a possibilidade do acesso dos não empresários ao sistema da recuperação, que se apresenta como uma possibilidade de manutenção de atividades relevantes para a economia nacional, ou mesmo assegurar a oriteção à dignidade da pessoa

¹²¹ Destacam-se os impactos na economia e na sociedade da atividade dos agentes econômicos não empresários. Nesse sentido, podemos destacar o Índice de Desenvolvimento Humano dos municípios com cooperativas, que são mais elevados do que dos municípios sem cooperativas. Somente as cooperativas de crédito possuem mais de 3 milhões de associados, mais de 30 mil empregados diretos e mais de 3 mil pontos de atendimentos. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/microFinancas/arquivos/horario_arquivos/trab_50.pdf> Acesso em: 02 jun. 2016.

natural.¹²²

Susana Corotto (2009, p. 239), ao estudar os modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão destacou que o tema carece de estudos aprofundados e que uma abordagem na qual se contemple os princípios constitucionais incidentes sobre a matéria “deve ser objeto de um estudo específico”.

Alguns doutrinadores demonstram uma preocupação em relação à inexistência de tutela recuperatória para o devedor civil decorrente da dicotomia do Direito Concursal. Fazem oposição ao sistema dualista doutrinadores como Trajano de Miranda Valverde (1999, p. 3) e Humberto Theodoro Júnior. Este apresentou ao Deputado Federal Luiz Antonio de Medeiros Neto um parecer no qual se manifesta favoravelmente à extensão da recuperação aos não empresários e igualmente à unificação do Direito Concursal.¹²³

Há, contudo, abalizada doutrina que se contrapõe ao sistema unionista, dentre os quais se pode citar Gladston Mamede. Esse autor sustenta que o tratamento diferenciado “não é, de forma alguma, uma distinção injustificada” (MAMEDE, 2006, p. 35). Sugere o autor que há interesses jurídicos, sociais e econômicos diversos, além de funções socioeconômicas distintas entre os empresários e os não empresários a ponto de fundamentar o acesso exclusivo daqueles à recuperação.

A questão também é avaliada por Rubens Requião, ao sustentar que a insolvência pode alcançar o agente econômico e a circunstância de ser este empresário ou não, jamais pode justificar tratamento desigual, “pois no fundo a insolvência é um fato econômico que tanto pode atingir o comerciante como o não-comerciante” (REQUIÃO, 1993, p. 32). Tem-se, um marco teórico que consiste na ideia da igualdade de tratamento entre os agentes econômicos insolventes em âmbito nacional. Tal pensamento se baseia em uma leitura constitucional crítica e expansiva.

No mesmo sentido, assimilam a ideia Dora Berger (2001, p. 20) e Susana Corotto, afirmando esta que:

¹²² O problema de pesquisa delineado chegou ao Judiciário, que não foi, contudo, demasiadamente provocado ao ponto de firmar um entendimento jurisprudencial. Trata-se de um pedido de recuperação, com fundamento na Lei nº 11.101/05, formulado pela Cooperativa Central Agroindustrial Noroeste (Coceagro), de Cruz Alta, no Rio Grande do Sul. Na primeira instância houve o deferimento do processamento da recuperação judicial. Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, analisando Agravo de Instrumento interposto contra a decisão, conferiu-lhe inicialmente o efeito suspensivo e, ao final, foi dado provimento para caçar a decisão que deferiu a concessão da recuperação judicial à cooperativa. CNJ nº: 0507920-12.2010.8.21.7000.

¹²³ O Projeto de Lei nº 6.230, de 2005, foi elaborado e embasado no parecer de Humberto Theodoro Júnior que pode ser acessado via internet, pelo portal da Câmara dos Deputados. Neste parecer Humberto Theodoro Júnior se manifesta favoravelmente ao acesso dos não empresários à recuperação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/358313.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

(...) restringir o benefício do direito à recuperação apenas aos devedores empresários não se justifica e que aos demais devedores deve igualmente ser concedido o direito a um plano de pagamento de suas dívidas e a renegociar suas obrigações contratuais em consonância com o art. 5º, *caput*, da CF/88. (COROTTO, 2009, p. 239).

Ante a inexistência de mecanismos de recuperação disponíveis a todos os agentes econômicos, surge a hipótese para solucionar a problemática de justificar a edificação de uma teoria da recuperação sustentável. Ou seja, a concepção do crédito como direito fundamental em um sistema capitalista é substrato teórico para justificar uma recuperação sustentável dos agentes econômicos objetivando o equilíbrio da ordem econômica e a tutela da dignidade da pessoa.

6.3 Para além da unificação dos processos concursais

Um dos debates que precedem a unificação dos procedimentos concursais diz respeito a própria dicotomia do Direito Privado. Desde longa data, o tema desafia a doutrina, embora atualmente, haja certa uniformidade no entendimento inclinado à unificação entre o Direito Civil e o Direito Comercial.

Por certo, durante um longo período havia justificativa para se tratar separadamente o comerciante do cidadão civil, o ato de comércio do ato civil e assim sucessivamente.

Paula Forgioni (2012, p. 85), ao analisar a unificação do Direito Privado considera ter havido *uma superação da elegante discussão sobre a dicotomia entre o Direito Civil e o Direito Comercial pela realidade*, uma vez que a separação não mais se justifica.

César Fiuza (2008, p. 25) enfatiza que a unificação perdeu sentido quando a legislação passou a ser o parâmetro para definir o que seria comercial ou civil. Ainda, sustentar uma autonomia científica do Direito Comercial em relação ao Direito Civil não seria tarefa fácil. Fiuza destaca, principalmente, que as mesmas bases sobre as quais atualmente assenta o Direito Civil também repousa o Direito Comercial.

Dentre tais bases podem ser citados alguns princípios que regem ao mesmo tempo o Direito Civil e o Direito Comercial, tais como os princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade contratual, da função social e o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

Não obstante, Rubens Requião (1993, p. 22), debatendo a unificação do direito privado, afirma que esta só será completa quando superada a “divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz

respeito à insolvência”.

Assim, o direito concursal tem como atual marco a unificação dos processos concursais. É preciso ir além e propor uma nova fronteira. É urgente compreender o direito de todo e qualquer agente de se reorganizar e superar o estado de crise de forma sustentável.

Com a unificação de grande parte das normas de direito privado no Brasil, houve e ainda há, um movimento no sentido de tratar com igualdade todos os particulares. A tendência é, portanto, de unificação também dos processos concursais.

Embora ainda remanesça no Brasil a dicotomia do sistema concursal, diversos doutrinadores defendem a unificação procedimental, a exemplo do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos. Não obstante, a unificação dos procedimentos não necessariamente abrigara a possibilidade de recuperação dos não empresários.

Verifica-se, portanto, que a mera unificação não equivale à garantia do direito de soerguimento do devedor não empresário em crise. Abrigar em uma norma procedimentos distintos para pessoas distintas não assegura a plena unificação, apenas uma simplificação normativa a pretexto de um tratamento isonômico.

Ir além e encontrar uma nova fronteira para o direito concursal pressupõe reconhecer o direito de reinserção no mercado e o crédito como potencialidade de estabelecer relações jurídicas em um sistema capitalista. A partir dessa percepção, compreende-se que a limitação ao estabelecimento de tais relações viola a dignidade da pessoa, pois lhe retira o acesso aos bens e serviços indispensáveis ao desenvolvimento de sua personalidade, assim como o alcance de uma existência digna.

Ao se pressupor que a recuperação sustentável é um caminho para superar as consequências severas que a restrição ao crédito impõe ao devedor em crise, nasce a necessidade de repensar o sistema concursal de caráter liquidatário.

Não se trata de abrigar o devedor em detrimento do credor. Em verdade, trata-se de compatibilizar os interesses dos credores com a manutenção da dignidade da pessoa do devedor, assim como a sustentabilidade do sistema. Não se pode assumir que a satisfação do crédito do credor tenha o condão de superar o limite da dignidade da pessoa do devedor. Há, portanto, que se estabelecer um equilíbrio entre os direitos dos credores e do devedor para que haja uma recuperação sustentável deste.

A tese de que a quebra ou a liquidação de um devedor tem como conotação retirar um agente econômico do mercado que não suportou a concorrência é justificável, mas não em todos os casos. Por certo, qualquer modelo teórico que seja utilizado é, na verdade, uma redução, uma simplificação da realidade. Assim, compreender que todo agente econômico

que está em crise deve ser retirado do mercado é demasiado simples, o que merece uma análise caso a caso. Para tanto, é necessário um processo, seja ele administrativo ou judicial, por meio do qual sejam analisados todos os elementos que circundam a crise, assim como a viabilidade da recuperação sustentável do agente econômico.

Acerca dessa nominada unificação dos processos concursais, sobressaem os clamores pela recuperação do empresário em crise e, hodiernamente, intensificam-se as pressões pela edificação de um microsistema que permita ao consumidor pessoa natural se reorganizar e ser novamente inserido no mercado, sendo-lhe tutelada a existência digna.

Contudo, são relegadas ao segundo plano dos debates as pessoas jurídicas não empresárias, tais como as associações, as fundações e as cooperativas, assim como os profissionais liberais. Ora, se o postulado da dignidade, um direito fundamental, alcança tais pessoas, é possível concluir que a elas também deve ser conferido o direito de reingresso no mercado quando dele excluídas. Do mesmo modo, o direito de crédito, também um direito fundamental, é titularizado por tais pessoas.

A importância econômica predominante justifica a proteção que foi dada primeiramente aos devedores empresários e que, hodiernamente pulsa em defesa dos consumidores. Não obstante, a importância que norteia esta tese é a importância jurídica primeiramente e, assim sendo, as pessoas ora mencionadas também são sujeitos de direitos em face das quais o legislador deve conferir um microsistema de soerguimento.

Não é demasiado registrar que as associações e as fundações ocupam relevante papel não somente na economia, mas também, no contexto social, sobretudo, em razão das finalidades para as quais se destinam. Por seu turno, as cooperativas encontram lúgubre lugar no campo da economia solidária, brado do tripé econômico da sustentabilidade. Ademais, reconhecida está a titularização de direitos fundamentais por pessoas jurídicas,¹²⁴ em especial, aqueles que derivam da sua atuação no mercado, tais como o nome e o crédito.

Veja-se que é imperioso reconhecer a diferença dos agentes econômicos e tratá-los de acordo com a sua singularidade. Assim já é feito pela Lei nº 11.101/05, ao cuidar de forma geral da insolvência empresarial e relegar à legislação especial a insolvência de agentes econômicos específicos, como as instituições financeiras e as seguradoras, por exemplo.

A unificação dos procedimentos concursais não se apresenta como o melhor ou único

¹²⁴ A titularização de direitos fundamentais pela pessoa jurídica é viável ao se assumir o seu caráter objetivo, como verdadeiros valores cultuados pela sociedade: “a extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são ‘direitos do homem’, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de ‘carne e osso’ ” (CANOTILHO, 1998, p. 384).

caminho para garantir a todos os agentes econômicos o soerguimento. Em verdade, é preciso edificar uma teoria geral da reorganização do devedor em crise, que assegure a todos a reinserção no mercado, desde que de maneira sustentável. Mas, ao mesmo tempo em que se deve assegurar a todos a recuperação, é preciso manter o tratamento específico de acordo com as particularidades de cada agente econômico. A nova fronteira do direito concursal está, portanto, na expansão do direito à recuperação sustentável para todos os agentes econômicos.

6.4 Por uma teoria da recuperação sustentável

A evolução do direito concursal que partiu de um processo de caráter meramente liquidatário para chegar a um patamar no qual a recuperação consista no principal paradigma foi compatibilizada, a certa altura, com a teoria da empresa. O primeiro agente econômico em torno do qual foi erigida uma proposta de recuperação foi o empresário, em razão da atividade por ele exercida.

Notadamente, a empresa gera uma série de repercussões sociais das quais a sociedade não pode prescindir. Todos os benefícios percebidos pelo corpo social devem ser tutelados e, por isso, a partir da necessidade de preservar a empresa é que foi edificada a concordata ou mesmo a recuperação como procedimentos alternativos à falência.

O centro da tutela do direito concursal recuperacional não é o agente econômico em si, haja vista a adoção da teoria da empresa. O foco da tutela do direito é a atividade (empresa) e não o sujeito (empresário).

O atual direito do agente econômico de apresentar um plano de recuperação tem fundamento na atividade por ele exercida, que deve ser empresária, caracterizando a sua condição subjetiva de empresário. As hipóteses de recuperação do empresário e as modalidades de reorganização de outros agentes econômicos para os quais a lei especial cuida da intervenção estatal com vistas a equilibrar a situação econômico-financeira, tem um destinatário: o empresário. Como enfatizado alhures, para as demais pessoas, que não exercem a empresa, não há sistema algum de recuperação.

Veja-se que a ideia de recuperação está ligada à atuação empresarial ou estratégica na economia, destacando-se as cifras envolvidas na empresa ou o seu posicionamento de mercado. O agente econômico que não se qualifica como empresário não goza de um sistema normativo de reorganização de suas dívidas ou, ainda, os micro e pequenos empresário estão faticamente afastados da recuperação prevista na Lei Nº 11.101/05 em razão do alto curso envolvido neste processo.

O que se propõe com a teoria da recuperação sustentável é ter um duplo foco: *a pessoa* e *a atividade*. Isso permitirá conferir acesso a mecanismos de recuperação a todos os agentes econômicos, pois, afora a importância da atividade, o que estará em questão será a dignidade da pessoa do devedor, sem prejuízo do necessário equilíbrio em face dos direitos dos credores.

A atual recuperação é conferida apenas aos agentes econômicos diretamente ligados à atividade econômica de grande expressão, em franca assunção de que a importância dessa atividade é mensurada por sua expressão econômica.¹²⁵ Verifica-se uma comunicação entre o sistema jurídico e o econômico com vistas a plasmar juridicamente uma tutela da atividade empresária.

A partir de uma concepção emancipatória do sistema jurídico como instrumento que tutela a dignidade da pessoa, sem se subjugar ao sistema econômico, torna-se imperioso admitir que o que deve definir o acesso aos meios de recuperação não é apenas o tipo de atividade (elemento preponderantemente econômico), mas também, a qualidade de pessoa (elemento substancialmente jurídico).

O fundamento jurídico valorativo que inclina à aceitação de mecanismos de recuperação de qualquer agente econômico, de caráter amplo, proposto no presente estudo consiste na dignidade da pessoa, seja ela humana (natural) ou jurídica (GONTIJO, 2008, p. 154).

Por certo, a *facultas agendi* à recuperação ou reorganização do devedor em crise não empresário, para os quais ainda não há legislação que a preceitue, somente existirá após a elaboração legislativa com tais previsões.

Não obstante, o substrato jurídico já está presente e posto a ensejar *de lege ferenda* a postura intervencionista regulamentadora do Estado para edificar um sistema de reinserção no mercado do devedor em crise econômica.

Soma-se a tais justificativas a premissa de que o acesso à recuperação pode ser encarado como um desdobramento do acesso à Justiça. A regulamentação é imperiosa e

¹²⁵ Douglas G. Baird e Edward R. Morrison (2005) demonstram que o custo do processo de reorganização pode conduzir o pequeno agente econômico a não se recuperar e, em vez disso, constituir sucessivos empreendimentos que são relegados quando quebram.

somente ela viabilizará de forma processual (administrativa ou judicial)¹²⁶ e sistêmica o direito à recuperação sustentável.

Defende-se a recuperação, contudo, a partir do paradigma da sustentabilidade. Ainda que seja a recuperação analisada como um predicado do direito fundamental ao crédito, não há como defender a recuperação a todo custo, até porque os direitos fundamentais encontram limitações, que podem ser, por exemplo, os direitos dos credores. Nesse sentido, deve haver uma análise caso a caso para a concessão do direito à recuperação, abrindo espaço para uma análise a partir da sustentabilidade, isto é, o sistema econômico não pode perder o equilíbrio.

A sustentabilidade está assentada em um tripé ambiental, econômico e social. Para fazer frente autofagia que tomou conta de alguns mercados, evidenciada pela crise de 2008, a sustentabilidade deve ser a pedra angular do sistema recuperatório. Tanto não se pode recuperar todo e qualquer agente econômico, como não se pode impedir indistintamente o acesso à recuperação. Há de haver, em potencial, a previsão de um microssistema recuperatório, mas que seja acessível por meio de critérios erigidos em torno da sustentabilidade.

Ao se apresentar critérios de ponderação, como é o caso da sustentabilidade, os exageros do sistema econômico ganham freio no que diz respeito à prevenção contra práticas abusivas e, no que toca à remediação, fundamenta a existência do reingresso ao mercado de agentes econômicos dele excluídos, pois tanto o mercado pressupõe os sujeitos quanto estes dependem do mercado para a manutenção da vida e sua existência com dignidade.

A sustentabilidade como predicado da teoria ora proposta tem um caráter objetivo, qual seja, a viabilidade. Esta poderá ser econômica, social ou ambiental. Nesse sentido, considerando-se o devedor pessoa jurídica, a sua recuperação deverá obedecer ao critério objetivo da viabilidade. Em se tratando de pessoa natural, ante a necessária proteção à sua dignidade, os elementos definidores para a concessão ao seu direito de recuperação estão

¹²⁶ A preferência por procedimentos extrajudiciais é defendida em ordenamentos jurídicos que possuem uma regulamentação consolidada em matéria de soerguimento dos devedores em crise. Ressalta-se que um dos princípios que orientam a solução do superendividamento dos consumidores consiste na preferência pela via extrajudicial: “There are obvious advantages in preferring extra-judicial to judicial proceedings where both are available on substantially the same terms. Extra-judicial or out-of-court proceedings take less time of the courts and the judiciary, are less expensive and can be better designed for a more integrated approach of the problems the consumer debtor is facing, which are more often of a non-legal than of a legal nature. In general, there should be de-legalization and de-juridification of consumer debtor problems. Extra-judicial proceedings have clear advantages for both debtors and creditors. In such proceedings, a creditor should be assured that he would receive that to which he is entitled under judicial proceedings, that his rights are protected and dealt with in an effective and efficient manner. For a debtor it should be clear which sacrifices are required to be made and that by doing so, he is entitled to a discharge and that the creditors will accept this” Disponível em: <http://www.ecri.eu/new/system/files/26+consumer_overindebtedness_consumer_law_eu.pdf>. Acessado em: 20 mar. 2016.

fincados tanto na viabilidade quanto na proteção à dignidade humana.

A disciplina contratual, no seu atual contexto normativo, oferece subsídios normativos que favorecem uma interpretação pelo direito de recuperação. É que, em termos básicos, as relações havidas entre os agentes econômicos lastreiam-se essencialmente em contratos e esses possuem sólida disciplina.

O direito de recuperar, uma vez sistematizado, oferece diversas possibilidades aos devedores e aos credores, como é o caso da Lei nº 11.101/05. Nesse sentido, a recuperação ou reorganização estão comumente ligadas à ideia de renegociação. Isso implica dizer que o instituto da recuperação permite a repactuação das dívidas mediante a renegociação das condições originais, podendo conduzir a uma novação.

Ainda que o novo acordo possa adotar uma formatação jurídica diversa da originária, a base da relação está na renegociação. E nesse sentido, o direito contratual reconhece o direito de renegociar a todo e qualquer contratante, em dadas circunstâncias.

O que se pretende dizer com isso é que o mesmo direito de renegociação que está na base da recuperação prevista na Lei nº 11.101/05, destinada aos empresários, também está presente nas relações contratuais mantidas por não empresários. Essa premissa só reforça a necessidade de permitir aos devedores um sistema de recuperação.

Os fundamentos que permitem às partes renegociar, nos casos de crise, surgem das circunstâncias que impossibilitem ou tornem excessivamente dificultoso o cumprimento do contrato, violando a sua função social.

Diante de casos de dificuldade em razão de uma crise, sobressai o dever de cooperar, submetendo o contrato à renegociação para viabilizar o seu adimplemento. Tal dever é ainda mais comum na seara consumerista, na qual cooperar significa “submeter-se às modificações necessárias à manutenção do vínculo (princípio da manutenção do vínculo do art. 51, §2º, do CDC) e à realização do objetivo comum do contrato” (MARQUES, 1998, p. 236).

Ademais, a renegociação passa a ser ainda mais exigível se analisada sob a ótica da vedação ao exercício abusivo de posições jurídicas, prevista no art. 187 do Código Civil. Essas regras gerais dão substrato para o direito à renegociação, em razão da inexistência de um sistema de recuperação acessível aos não empresários. Assim:

Nas ordens jurídicas onde falte essa regulamentação específica, as cláusulas gerais e, em especial, a boa fé, ganham a maior importância para a solução do problema: não é líquida a saída rápida que, no conflito de direitos, vê logo uma violação do direito alheio e não um abuso do direito próprio. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 858).

No mesmo sentido, pode-se argumentar que se uma parte está em crise econômico-

financeira e, em razão disso inadimplente, a ausência de renegociação por parte do credor revela um *exercício danoso inútil de posição contratual*, situações nas quais:

Há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente molestar essa, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito. São casos em que se pode dizer que o titular age sem consideração pela contraparte. (NORONHA, 1994, p. 179).

A partir dessas premissas, o dever de renegociar é premente e a disciplina contratual coaduna com a necessidade de um sistema de recuperação hábil a ensejar a recuperação do devedor em estado de crise econômico financeira.

Sob as diversas perspectivas analisadas, nas quais o sistema jurídico e não a economia se impõe, a criação de um *direito de recuperação* se justifica pelo *direito à recuperação* de que são dotados os devedores não empresários.

6.4.1 A questão do custo e da eficiência

As variações interpretativas dos fenômenos econômicos revelam a possibilidade de analisá-los de forma individualizada e circunstancial. Cada fenômeno econômico pode ser interpretado pelas diversas escolas, sendo razoável assumir que ora uma ora outra possui argumentos mais robustos diante de cada caso.¹²⁷

Nesse sentido, compreender o crédito como fundamental para justificar o direito de reingresso do devedor insolvente ao mercado é tese que possui uma expressão econômica e que, portanto, comporta uma análise econômica do referido direito.

A proposta descortinada neste estudo pretende demonstrar que a exclusão do mercado envolve elementos outros que precisam ser sopesados, tais como os interesses públicos que

¹²⁷ Luiz Carlos Bresser-Pereira registra que não há um modelo econômico completo. Ressalta que existem fenômenos econômicos que são bem explicados por uma ou outra teoria: “Isto significa que temos não uma, mas três verdades na economia? A verdade é uma só. Ela está na realidade dos seres e das relações que os seres humanos estabelecem entre si, não nas próprias idéias, que são a forma através da qual a expressamos. A verdade não é nem transcendental – não está nas próprias idéias –, nem instrumental – não depende do uso que lhe demos –, nem relativa: não depende de quem a veja ou de como é vista. A ‘nossa verdade’ pode assim ser, mas isto apenas sugere a dificuldade em desvendarmos a verdade. A dificuldade da tarefa de descobrir a verdade não justifica o relativismo, justifica apenas a modéstia em afirmá-la, e a tolerância em relação à verdade dos outros. Entretanto, a verdade sobre o funcionamento dos sistemas econômicos pode ser vista legitimamente sob vários ângulos. Há, pelo menos, três abordagens possíveis: a abstrata e estática do modelo de equilíbrio geral; a dinâmica e de longo prazo, histórica portanto, da teoria do desenvolvimento econômico; e a abordagem histórica e de curto prazo da flutuação cíclica e da estabilização macroeconômica. O sistema econômico, visto sob cada uma dessas perspectivas, perde um pouco da complexidade que lhe é inerente, porque a observação passa a ser por definição parcial, mas mesmo assim continua extremamente complexo para quem o observa” (BRESSER-PEREIRA, 2003, p. 2-3).

gravitam em torno de determinadas atividades, a dignidade da pessoa em crise, dentre outros fatores.

No contexto da Análise Econômica do Direito (AED), uma análise que precisa ser enfrentada é a do comprometimento da eficiência pelo fato de um agente econômico (devedor) ganhar e outros agentes (credores) perderem. Isso ocorreria pela utilização de uma regra de quitação das dívidas do devedor por meio do sistema de recuperação ora proposto.¹²⁸ Cabe, ainda, a discussão se tal sistema pode gerar uma acomodação dos devedores que racionalmente se inclinariam para um mecanismo de recuperação, em vez de se esforçarem para cumprir os seus contratos, criando-se um risco moral.¹²⁹

Para enfrentar essas questões que exigem uma análise econômica do direito, é possível sustentar dois argumentos: i) um microssistema de recuperação pode gerar uma *melhoria de Kaldor-Hicks*; ii) um microssistema de recuperação equivale a uma instituição conforme a Nova Economia Institucional e a sua existência poderia ser justificável, ainda que não fosse um direito economicamente eficiente.

Pela teoria da *melhoria de Kaldor-Hicks*, haveria uma realocação dos recursos devidos pelos insolventes, de modo que a perda dos credores seria compensada com a manutenção dos devedores no mercado de forma sustentável com aptidão para gerar e/ou circular novas riquezas. Isso não ocorreria se os devedores estivessem excluídos do mercado. Assim, hipoteticamente, se o devedor se mantém economicamente ativo, mesmo após obter, ao extremo, o perdão de uma dívida, ele pode estabelecer novas relações com seus antigos credores, porém de forma sustentável e com educação financeira, por exemplo.

A experiência de outros Estados pode ilustrar a tese de criação de um mecanismo de recuperação para todos os agentes econômicos, com as ressalvas das diferentes características dos mercados e sistemas jurídicos.¹³⁰

Também serve de exemplo empírico a própria experiência brasileira. Após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/05, que trouxe o paradigma recuperatório para o ordenamento

¹²⁸ As regras de extinção das obrigações do insolvente, em processos concursais, costumam prever a possibilidade de perdão da dívida, de pagamento parcial, dentre outras modalidades.

¹²⁹ O acesso aos mecanismos de soerguimento do devedor quebrado é variável nos diversos ordenamentos jurídicos que fazem previsão de tal medida. Enfrentando o questionamento da amplitude do acesso e os seus efeitos junto à economia e ao comportamento dos devedores, Ronald Mann ponderou que as respostas legislativas são variáveis: “The disparate responses reflect the likelihood that variations in filing rates rest in different factors in different countries. Some of the variations is attributable to different levels of indebtedness. Some of the variations is attributable to different cultural attitudes about financial failure. Some of the variations is attributable to the accessibility of the legal system as a remedy for irremediable financial distress. Some of the variations is attributable to the availability of informal system of relief. Yet it is not easy to disentangle how those different attributes affect the aggregate national-level filing rates” (MANN, 2009, p. 227).

¹³⁰ Podem ser citados os exemplos do *fresh start* norte-americano e a *segunda oportunidade* espanhola.

jurídico, o número de falências requeridas e decretadas caiu, ao passo que aumentou o número de recuperação de empresas requeridas e concedidas. Essa constatação é obtida ao se comparar o período no qual vigorou o Decreto nº 7.661/1945 com o período de vigência da nº 11.101/05.¹³¹

Por outro lado, convém analisar a eficiência do direito de reingresso do devedor no mercado a partir da Nova Economia Institucional, pois ela pode oferecer outra forma de analisar o conflito entre o direito ao soerguimento e sua eventual ineficiência.

Antes de adentrar em minúcias, cabe destacar que as *instituições*, para North (1981, p. 17), são essenciais ao crescimento econômico.¹³² Surge aí, o destaque para o papel do Estado na condição de regulador do mercado, pois ao estabelecer o direito de propriedade e a regulação dos negócios jurídicos, favorece o desenvolvimento de atividades entre os agentes econômicos.

Assim, o sistema jurídico, uma *instituição* composta por regras formais, diminui o nível de incertezas provocado pela assimetria de informações e, ao mesmo tempo, restringe o comportamento humano imprevisível.¹³³ Logo, a existência de regras que venham a regular a recuperação de um devedor insolvente podem trazer clareza para seus credores,¹³⁴ melhorando a análise dos riscos e dos custos de transação.¹³⁵ Em paralelo, pode haver um ganho para o

¹³¹ Cf. o relatório da Serasa Experian com os índices de falências, concordatas e recuperação de empresas. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

¹³² North (1992, p. 5) define que: “Institutions are the rules of the game in a society; more formally, they are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in exchange, whether political, social or economic”.

¹³³ Analisando como uma legislação bem elaborada impacta na tomada de decisões dos envolvidos em um processo de insolvência, em especial aos credores, Marcelo Monteiro Perez (2007, p. 37) sustenta que “as estratégias são traçadas em um ambiente de incerteza e não há possibilidade de proteção para todos os riscos, uma vez que os contratos são incompletos e sempre há assimetria de informação nas relações econômicas. Nesse cenário, a legislação falimentar pode funcionar como minimizador desses impactos, visto que sinaliza a forma como os conflitos serão resolvidos em caso de insolvência”.

¹³⁴ Considerando a existência dos custos de transação, Ronald Coase (1960, p. 19) explicita a necessidade de um mercado livre de incertezas em relação aos direitos e às decisões judiciais: “Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.”

¹³⁵ Eduardo Goulart Pimenta, ao analisar os custos de transação no exercício da atividade empresarial sustenta que: “A idéia econômica de empresa enquanto organização dos fatores de produção traz consigo os custos de produção – remuneração de cada fator de produção agrupado somados aos custos de oportunidade – e os custos de transação – dispêndios relacionados não à remuneração dos fatores de produção mas à implementação das transações ou relações jurídicas pelas quais são aglutinados” (PIMENTA, 2012. p. 4.923).

mercado ao manter em atividade um devedor cujo saneamento das dívidas seja viável, pois ele continuará a estabelecer novos contratos, porém, de forma regulamentada pela legislação.¹³⁶

E se a manutenção ou reingresso de um agente econômico no mercado não representar um ganho, ao contrário, representar um direito economicamente ineficiente? Para North (1989, p. 1.321), a existência ou manutenção de direitos ineficientes são compreensíveis em uma sociedade moderna.

É necessário considerar que a existência de normas gerais, abstratas e impessoais proporciona a oportunidade para que as pessoas com poder coercitivo superior valham-se disso ao aplicá-las, independentemente da eficiência.¹³⁷ Significa dizer que analisar o direito de recuperação de um devedor insolvente apenas pela ótica da eficiência pode ser o reconhecimento pelo direito da ação coercitiva de pessoas ou grupos dominantes.

Outro dado que explica a existência de direitos ineficientes consiste na própria concepção do direito como o resultado de um processo de barganha política, produzindo normas jurídicas que não levam a eficiência econômica em consideração. Soma-se a esses argumentos o fato de que o aparato estatal coercitivo, apto a fazer prevalecer o direito subjetivo, é demasiadamente oneroso e, no Brasil, igualmente moroso. Isso contribui para a elevação dos custos do direito e aumenta o seu grau de ineficiência.

Uma explicação economicamente razoável é fornecida por Putnan (2005). O autor sustenta que uma das formas de melhorar os custos de transação consiste na cooperação, pois, a sua informalidade ou semiformalidade é menos onerosa do que a coerção estatal. Aplicando-se essa lógica ao objeto desta tese, qual seja, o direito de recuperação, é possível sustentar a existência de mecanismos de conciliação extrajudicial como uma forma de reduzir os custos com a prestação jurisdicional, sendo esses mecanismos jurídicos os mais próximos da ideia de cooperação em Putnan.¹³⁸

¹³⁶ Ocorre nos EUA e na França situação semelhante. Nesses países o devedor em crise, sobretudo o consumidor, poderá valer-se de um *fresh start*, ou seja, preenchidos os requisitos legais há uma repactuação das dívidas mediante a participação em curso de educação financeira, monitoramento dos gastos por intermédio de um curador, além de limitações na contração de novos débitos. Não obstante, o devedor não deixa o mercado, mas nele permanece.

¹³⁷ A desigualdade de forças configura, para North, a possibilidade de uma parte se sobrepor à outra, afastando-se a eficiência: “The answer is quite clear: The breakdown of personal exchange is not just the breakdown of a dense communication network, but it is the breakdown of communities of common ideologies and a common set of rules in which all believe. The rise of impersonal rules and contracts means the rise of the state, and with it unequal distribution of coercive power. This provides the opportunity for individuals with superior coercive power to enforce the rules to their advantage, regardless of their effects on efficiency” (NORTH, 1989, p. 1.321).

¹³⁸ Tal proposta não é desconhecida do direito brasileiro, eis que a conciliação em casos de devedores superendividados é objeto de análise do Poder Legislativo que, pelo Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor, e visa a permitir a conciliação para o tratamento dos casos de consumidores superendividados.

Acerca da eficiência ou não de um direito como na tese em apreço, atrai atenção um raciocínio desenvolvido no caso “LOCAL LOAN CO. vs. HUNT”, no EUA, explicitado na decisão paradigmática que concedeu o direito de recomeçar (*fresh start*) ao devedor. Ponderou-se que não faria tanta diferença para o devedor entre obter renda para entregá-la aos seus credores ou não obter qualquer renda após sua quebra.¹³⁹ Em outros termos, se o devedor tiver que, além de entregar o seu patrimônio atual, trabalhar durante um tempo razoável e entregar parte dos seus rendimentos futuros aos credores, possivelmente, o devedor poderia entender ser melhor não trabalhar e ser amparado pelo Estado. Por certo, o que se quis com a decisão em apreço foi não desestimular o devedor de pagar suas dívidas futuras, continuar suas atividades, cuidar de sua família, dentre outros.

Na mesma esteira, Thomas H. Jackson, ao explicar a política do *fresh start* na Bankruptcy Law, registra que é possível expropriar o patrimônio atual do devedor para satisfazer os credores (1986, p. 229-231). Contudo, não se pode comprometer o futuro do devedor, exigindo que ganhos vindouros possam vir a ser expropriados.

Essa premissa poderia afastar o risco moral,¹⁴⁰ uma vez que o devedor pessoa natural que entregasse o seu patrimônio para quitar suas dívidas e ter acesso ao direito de recomeçar, poderia deixar suas atividades e se amparar na rede de proteção social, acaso fosse obrigado a entregar parte dos seus rendimentos futuros. Haveria, nesses casos, uma dupla externalidade negativa, quais seriam, a dívida não satisfeita junto aos credores e o custo da proteção social.

Pelo que ora se analisa, verifica-se que há uma abertura teórica para fundamentar a

¹³⁹ This purpose of the act has been again and again emphasized by the courts as being of public as well as private interest, in that it gives to the honest but unfortunate debtor who surrenders for distribution the property which he owns at the time of bankruptcy, a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of pre-existing debt. [...] When a person assigns future wages, he, in effect, pledges his future earning power. The power of the individual to earn a living for himself and those dependent upon him is in the nature of a personal liberty quite as much if not more than it is a property right. To preserve its free exercise is of the utmost importance, not only because it is a fundamental private necessity, but because it is a matter of great public concern. From the viewpoint of the wage-earner there is little difference between not earning at all and earning wholly for a creditor. Pauperism may be the necessary result of either. The amount of the indebtedness, or the proportion of wages assigned, may here be small, but the principle, once established, will equally apply where both are very great. The new opportunity in life and the clear field for future effort, which it is the purpose of the Bankruptcy Act to afford the emancipated debtor, would be of little value to the wage-earner if he were obliged to face the necessity of devoting the whole or a considerable portion of his earnings for an indefinite time in the future to the payment of indebtedness incurred prior to his bankruptcy. Confining our determination to the case in hand, and leaving prospective liens upon other forms of acquisitions to be dealt with as they may arise, we reject the Illinois decisions as to the effect of an assignment of wages earned after bankruptcy as being destructive of the purpose and spirit of the Bankruptcy Act. *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934). Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/process-bankruptcy-basics>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

¹⁴⁰ O risco moral encontra sua definição nas palavras de MANKIOW (2016, p. 442): “A expressão risco moral refere-se ao risco de comportamento inadequado ou “imoral” por parte do agente. Em tal situação, o principal tenta, de diversas maneiras, encorajar o agente a agir de maneira mais responsável”.

existência do direito de recuperação sem violar a liberdade do mercado e sem se afastar do debate da eficiência. O contexto de uma crise, que desafia ao mesmo tempo o devedor, o mercado e o próprio Estado, impõe perquirir soluções para debelá-la. Desponta a necessidade de o sistema jurídico ser inovado e estabelecer os parâmetros da recuperação que conjugue os interesses dos credores e do mercado com os direitos do devedor.

Nesse contexto, a crise traz consigo alguns elementos positivos, dentre eles, as oportunidades para mudanças, para a quebra de paradigmas, para uma reformulação hábil a consolidar algumas práticas e procedimentos em busca de um equilíbrio entre a intervenção e a liberdade de mercado. João Bosco Leopoldino da Fonseca (2014, p. 301), acerca da crise, pensa nesse mesmo sentido e faz alusão a Saint-Exupéry ao mencionar que “a derrota fortifica os fortes, as crises servem para fortificar as instituições sociais”. E continua ponderando que

A crise lança o desafio, não de destruir o mercado, ou de reforçar o Estado, mas de construir um quadro mais sólido de governança empresarial e de regulação estatal, com o que se conseguirá um equilíbrio razoável entre o funcionamento adequado dos mecanismos de mercado e a ação reguladora dos poderes públicos. (FONSECA, 2014, p. 301).

O equilíbrio dos mecanismos de mercado está diretamente ligado à ação reguladora do Estado. Nos termos da Constituição da República, a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser feita de forma indireta, sobretudo, como agente normativo. Contribuirá para a busca do equilíbrio do mercado uma regulamentação ampla dos sistemas de insolvência, sejam eles liquidatórios e os recuperatórios. Propõe-se ir mais além, permitir a todos os agentes econômicos em crise o direito a uma segunda oportunidade.

6.4.2 A posição do credor em face do direito de recuperação do devedor

A se considerar o direito de recuperar do devedor, que pode se expressar pelo perdão da dívida remanescente após a entrega do patrimônio disponível, a posição do credor é de perda. O custo do direito de recuperar do devedor é uma externalidade negativa que, objetivamente falando, será absorvida pelos credores, devendo ser por eles considerada com um custo de transação.

Nesse cenário, a participação dos credores em uma eventual recuperação do devedor é um ponto que demanda análise. Tal como ocorre na recuperação de empresas prevista na Lei Nº 11.101/05, a participação dos credores na aprovação do plano de recuperação do devedor é medida de equilíbrio. Se os credores absorvem os prejuízos em face do não recebimento de

seus créditos, conforme condições contratuais, a análise do plano submetida a uma assembleia geral de credores conduz a uma apreciação com as características da análise econômica do direito.

Ao analisar a proposta do plano, os credores ponderariam acerca da viabilidade da recuperação, da solvabilidade do devedor, além de considerarem em qual posição estariam em melhores condições, a saber, em um plano de recuperação ou na ordem de preferência de participação dos pagamentos em uma eventual quebra. Isso aproxima o direito à reinserção no mercado dos ditames da eficiência.

Essa interpretação parte do ponto de vista do credor, uma vez que ele absorverá os custos do direito de recuperação do devedor. Essa é a realidade do instituto da recuperação prevista na Lei Nº 11.101/05. Não obstante, cabe observar que existem exceções a esse raciocínio que permitem um olhar a partir do ponto de vista do devedor.

Uma análise nesse sentido diz respeito à aprovação compulsória do plano de recuperação, quando o devedor não obtém o quórum inicialmente necessário para aprovação do aludido plano, todavia, obtém o voto de um percentual mínimo. Isso significa dizer que, mesmo com a rejeição de alguns credores, o plano poderá ser aprovado e submetê-los às previsões planejadas, prestigiando-se a recuperação do devedor.¹⁴¹

Outro exemplo consistente no fato de poder a recuperação ser analisada pelo prisma do credor é explicado por Thomas Jackson, ao comentar sobre o *fresh start* nos EUA. Esse autor pondera que o ponto de partida para analisar o direito de recuperação não é necessariamente a expectativa do credor, mas sim a condição do devedor.

Nevertheless, the justifications for discharge do not relate to the concerns of creditors. Even though it makes sense to locate an individual's financial fresh start in a statute largely concerned with collections procedures, the social and economic concerns that lie behind the fresh-start policy are distinct. (JACKSON, 1986, p. 227).

Significa dizer o prejuízo a ser suportado pelos credores em caso de um *fresh start* ou outro direito de recuperação de uma pessoa natural não é o único custo envolvido, pois, além deste, existe custo social a ser suportado por toda a sociedade quando o devedor busca amparo na rede de proteção. Sustenta Jackson (1986, p. 231) que a existência do direito de recuperação é o mecanismo adequado para impedir ou limitar o risco moral de o devedor

¹⁴¹ Tal hipótese refere-se ao art. 58, da Lei Nº 11.101/05, ao prever que, uma vez cumpridas as exigências desta norma, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 da mesma norma, ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45.

preferir deliberadamente a assistência social a continuar as suas atividades.

Em termos concretos, ao se analisar algumas fontes diretas de onde nasce o direito, torna-se crível a presença na sociedade atual dos elementos jurídicos necessários à defesa de um direito à recuperação por todos os agentes econômicos, considerando-se, por certo, a viabilidade das pessoas jurídicas e a dignidade da pessoa humana das pessoas naturais.

Assim, ora o custo deve ser absorvido pelos credores que têm o seu crédito afetado pelo direito de recuperação do devedor, ora deve ser absorvido também pela sociedade de modo geral.

7 CONCLUSÕES

As crises fazem parte da experiência humana. Quando a estabilidade cede lugar à imprevisibilidade, do momento presente e do futuro, um clima de inquietude e cogitações paira no ar. Seja ela de qualquer natureza, a crise traz consigo uma ruptura entre o velho e o novo e possibilita transformar o caos em luz.

A economia de mercado, *locus artificialis* da interação entre as forças antagônicas de oferta e procura, tem sido o objeto de amplos debates, sobretudo, quanto à sua existência autônoma e sua autorregulação.

O contraponto da suposta perfeição dos mercados é a crise econômica. Resultado da conjugação de diversos fatores coexistentes em cada lugar e momento, a crise econômica abala as estruturas erigidas pelo sistema capitalista e coloca em xeque os tabus da intervenção do Estado na economia e da mão invisível.

Investigar as origens das crises econômicas leva a reconhecer que em cada uma delas as causas para a sua ocorrência foram diferentes. Não obstante, há uma constatação fundamental que consiste na concepção da crise como um elemento intrínseco ao capitalismo, revelando-a como um subproduto do mercado.

Essa constatação está diretamente ligada à característica cíclica da economia, que alterna momentos de forte expansão e de acentuada contração, passando por quatro fases, o *boom*, a depressão, a recessão e a recuperação.

Embora o paradigma da sustentabilidade e os seus desideratos tenham paulatinamente ganhado força ao longo das últimas décadas, verifica-se que a crise econômica de 2008 tem sido duradoura e profunda, além de ter como principal cenário os países desenvolvidos da Europa e os Estados Unidos.

Os Estados líderes mundiais que na segunda metade do século XX ditaram as regras aos países em desenvolvimento valendo-se, sobretudo, de instituições financeiras mundiais como o FMI e o Banco Mundial, submergiram na crise de 2008 e dela tentam sair, utilizando a mesma cartilha imposta outrora à periferia mundial. Os países desenvolvidos estão sentindo o custo social e a ameaça à democracia provocada pelas medidas de arrocho impostas pelas instituições financeiras mundiais.

Na Europa, nos Estados Unidos, ou em qualquer outro país, a crise econômica gera os efeitos que lhe são próprios, seja em face do setor público, ou face dos agentes econômicos privados.

No que toca ao setor público, o Estado é atingido pela crise tanto na condição de

empresário, quando intervém diretamente na economia, quanto na condição de responsável pela regulação do mercado e gestor da coisa pública.

As ações estatais em cada país são resultados da ideologia política predominante de quem o governa, mesmo que algumas decisões possam, vez ou outra, contradizer a orientação ideológica presente no poder.

Ainda que predominem orientações liberais ou não liberais, é comum perceber ações da mesma natureza ou com os mesmo resultados. É recorrente o ajuste fiscal, o corte de programas de bem-estar social, a limitação dos gastos públicos, o aumento de tributos e a adequação da taxa básica de juros, dentre outras medidas.

Quanto à iniciativa privada, os efeitos da crise atingem tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas, empresárias ou não. Os efeitos mais comuns são a queda na demanda por bens e serviços, o aumento da taxa de desemprego, o reajuste dos preços, a oscilação do câmbio e o encarecimento do crédito.

Sobressaem para os particulares, ademais, os efeitos sociais da crise. Sociedades empresárias vão à falência, as pessoas passam a ter acesso restrito aos bens e serviços, a qualidade de vida diminui, ocorrem fluxos migratórios, dentre outros fatores.

O clima de incerteza, por seu turno, promove um abalo na confiança e no crédito. Os agentes econômicos recuam nos investimentos, procedem com cautela nos gastos e reduzem ao máximo os custos.

Diante desse clima de incerteza e com o mercado de crédito abalado, o Estado é, frequentemente, chamado a intervir na economia para recuperar o nível de confiança por meio de ações que sejam anticíclicas, revertendo a tendência de queda da economia para uma retomada do crescimento.

Muitas críticas são tecidas à intervenção do Estado na economia. O fato inquestionável é que há intervenção. O que se pode discutir é a qualidade e a profundidade das intervenções estatais, mas a crise de 2008 demonstrou que, mesmo nos países europeus e nos EUA, a intervenção direta, às custas dos contribuintes, foi indispensável para salvar o mercado.

Essas intervenções fizeram reavivar teorias dadas como ultrapassadas, como a de Keynes. A releitura desse e de outros pensadores tem sido recorrente, mesmo que suas propostas não tenham sido amplamente adotadas na prática.

Nesse contexto, as respostas estatais à crise econômica instalada têm, basicamente, três vertentes: as propostas econômico-fiscais, as escolhas políticas e as respostas jurídicas.

As propostas econômico-fiscais são variadas e devem ser adotadas de acordo com cada cenário, não obstante, os modelos teóricos conferem prioridade à política fiscal. A partir

da escola neoliberal, a política fiscal básica deve ser de restrição dos gastos públicos mediante cortes no orçamento, restrição de políticas públicas com a diminuição do déficit e das dívidas públicas.

Por seu turno, o modelo keynesiano, adotado no Brasil após a crise de 2008, demonstra que a atuação estatal deve caminhar em sentido contrário, é dizer, para recuperar o nível de confiança do mercado, deve o Estado lançar mão de uma política fiscal na qual haja aumento dos gastos públicos, do déficit e das dívidas públicas, induzindo a demanda.

Quanto às escolhas políticas, a crise abre a possibilidade de mudanças, de novas posturas políticas que surgem com a ruptura inerente aos tempos de instabilidade. Diversas propostas ganham espaço, inclusive relativas a novos mercados, tais como o mercado verde, além das ideias relacionadas à economia solidária, às empresas sociais, dentre outros. Não obstante, as escolhas políticas tendem para as mesmas e velhas matrizes, com pouco espaço para novos modelos e práticas.

Mesmo que haja pouca abertura para propostas relativas a uma nova sociedade e para novas escolhas políticas que inclinem para um modelo econômico sustentável e equilibrado, tem havido espaço para significativas discussões, sobretudo, no âmbito acadêmico.

É assim que, no âmbito do direito, questiona-se o atual papel do sistema jurídico e dos próprios juristas. A concepção positivista do direito que predominou por décadas ajoelhou-se frente aos interesses econômicos e, no mais das vezes, a neutralidade, cientificidade e objetividade da hermenêutica conferiram a necessária e pretendida estabilidade do cenário para o empoderamento das instituições consagradas pelo mercado.

A economia deve pressupor o direito e não subjugar-lo. As pressões das instituições econômicas não podem sufocar o sistema jurídico a ponto de suprimir a regulação do mercado, colocar em xeque a soberania e ameaçar a democracia, muito embora tenha sido esse o cenário.

Está reservado ao direito o papel de regulador da atuação dos agentes no mercado a partir de uma perspectiva de norma reflexiva, limitando-se à instalação, correção e redefinição dos mecanismos de auto regulação.

A experiência de 2008 revelou que a ausência de regulamentação de alguns setores da economia pode desencadear uma atuação extremamente lesiva, provocada por agentes econômicos ao mercado, uma vez que buscam lucros cada vez mais altos em negócios de segurança duvidosa.

Pilares da economia moderna foram desregulamentados em diversos Estados e a ausência de regras somada à atuação especulativa minou os mercados e revelou a necessidade

de normas que combinem um ambiente livre e regulado. Exemplo emblemático de um dos setores afetados pela diminuição de regulamentação foi o mercado do crédito nos EUA, donde deflagrou a crise financeira.

O crédito em uma sociedade capitalista é um elemento fundamental para as pessoas, pois nele são resumidas as atividades econômicas, figurando-se como imprescindível ao mercado.

Assim como outros institutos lindeiros entre a economia e o direito, o crédito está presente em diversos ramos jurídicos, sendo regulamentado em diversos deles, sobretudo, em normas que incidem sobre o mercado financeiro.

Há, contudo, uma necessidade de se refazer a leitura jurídica do crédito, compreendendo-o a partir da sua essencialidade para as pessoas, assumindo-o como uma potencialidade para o desenvolvimento de relações jurídicas. Exige-se, para tanto, a sua compreensão como elemento indispensável para as pessoas e a sua inexistência como violação aos direitos que lhe são conexos.

Nesse contexto, o crédito considerado como elemento objetivo, como um valor para a sociedade em que vivemos, deve ser objeto, como de fato vem sendo, de políticas públicas e ações governamentais. Tal instituto, uma vez percebida a sua função social, reluz no desenvolvimento válido da personalidade das pessoas, amplia-lhes a autonomia e potencializa o surgimento de relações jurídicas.

Ao mesmo tempo, o crédito é pressuposto indispensável para uma condição de dignidade, permitindo o acesso aos bens e serviços elementares, assim como fortalece a produção e a circulação da riqueza.

O crédito passa a ser ainda mais fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito pelo fato de ser o predicado das pessoas no mercado e de viabilizar o acesso às benesses outrora advindas do Estado Social, cada vez mais suprimidas, como é o caso da saúde, da educação e da previdência, dentre outros.

A Constituição da República brasileira assegura essa interpretação, na medida em que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e, ademais, exige do Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sempre à luz da existência digna das pessoas.

O Estado democrático de direito assume a corresponsabilidade pela tutela dos direitos fundamentais, sendo-lhe exigida uma postura ativa em favor da sociedade, sobretudo, no que tange à igualdade material.

Ao assumir que o crédito é um direito fundamental para o desenvolvimento das

relações jurídicas no mercado e conjugar essa premissa com as situações de crises econômicas recorrentes, concluir que a predisposição para o desenvolvimento dessas relações é sensivelmente diminuído na intercorrência das variações econômicas.

A perda do crédito e a ocorrência da insolvência se fazem presentes na vida das pessoas naturais ou jurídicas. Notadamente, as crises exógenas havidas no mercado, possuem maior abrangência e alcançam um número mais expressivo de agentes econômicos. Ademais, tais crises são cíclicas, o que revela a necessidade de haver uma previsibilidade da sua ocorrência e a disponibilidade dos instrumentos jurídicos adequados para debelá-las.

Surge daí, o questionamento formulado em face do Estado regulador, a indagar quais são os mecanismos jurídicos de soerguimento disponíveis aos devedores em momentos de insolvência. A proposta desta tese, que consiste na existência de um direito de recuperação que possibilite ao devedor caminhos alternativos ao efetivo pagamento de suas dívidas, pode representar para o mercado uma externalidade ou, ainda, uma relação ineficiente.

Portanto, a existência de um direito de recuperação desafia uma análise econômica, que pode ser levada a efeito a partir de vários ângulos, inclusive pela negação dessa análise econômica.

O enfrentamento da questão sob a ótica da análise econômica do direito permite uma leitura a partir da *melhoria de Kaldor-Hicks*. Interpretando essa teoria, no caso específico desta tese, é possível compreender que haveria uma realocação dos recursos devidos pelos insolventes. Esses recursos, que eventualmente seriam utilizados para o pagamento dos credores, poderiam ser utilizados para a manutenção dos devedores no mercado de forma sustentável, com a propensão para permitir a geração e/ou a circulação de riquezas a partir de novas relações jurídicas. Essa realocação dos recursos não ocorreria se os devedores estivessem excluídos do mercado.

Qualquer mudança da relação inicial havida entre o devedor e os seus credores promove perdas. Pela teoria da *melhoria de Kaldor-Hicks*, o que busca é uma condição geral melhor, ainda que ineficiente. Em outros termos, ainda que alguns credores computem perdas a partir de um perdão da dívida do devedor, a manutenção deste agente no mercado possibilitaria o desenvolvimento de novas relações jurídicas melhorando, assim, a condição geral dos agentes de mercado.

Ainda sobre o enfrentamento da análise econômica do direito, a escola denominada de *nova economia institucional* confere ao direito a condição de uma *instituição*. Como tal, o direito reduz o nível de incertezas dos agentes de mercado e limita o comportamento humano imprevisível e favorece, com isso, uma melhor análise e a diminuição dos riscos de transação.

Nesse contexto, se houver uma regulamentação do direito de recuperação dos insolventes, tal norma pode ser contributiva para a melhoria das condições de mercado.

Por outro lado, analisar o direito de recuperação a partir da AED permite, inclusive, negar a eficiência exigida por essa escola, pois os direitos não são necessariamente eficientes. É preciso assumir que os direitos são resultados de processos políticos, muitas vezes com barganhas de natureza política nas quais tencionam os interesses de diversos setores da sociedade.

A existência de um direito de recuperação não é novidade no Brasil, que tem como regra geral de insolvência empresarial a Lei nº 11.101/05, a qual regulamenta a recuperação de empresas.

O que se defende, na presente tese, é o direito de recuperar, de se soerguer, dos agentes de mercado não amparados pela Lei nº 11.101/05, o que se apresenta como uma legítima expectativa de qualquer pessoa em estado de crise econômico-financeira.

O atual cenário normativo acerca dos insolventes revela uma ampla produção de normas de insolvência empresarial que se sucedeu ao longo do tempo no Brasil até o atual estágio. E, por outro lado, verifica-se um restrito quantitativo de regras destinadas à insolvência não empresarial.

O destaque fica a cargo da atual Lei nº 11.101/05 que, como ressaltado, é regra geral de insolvência empresarial e instituiu a recuperação de empresas no lugar da concordata. Além dessa lei, outras normas aplicáveis exclusivamente a empresários regulamentam, em sua maioria, mecanismos de recuperação. Não obstante, para os não empresários não há mecanismos recuperatórios, mas, apenas de liquidação do patrimônio dos devedores em caso de insolvência.

Não há qualquer amparo às demais pessoas não empresárias, como as associações, fundações, sociedades simples e profissionais não empresários, muito embora exista um Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e visa coibir a prática do crédito irresponsável.

Tem-se visto como tendência de diversos ordenamentos jurídicos, sejam eles de países de políticas liberais ou não, o trato normativo da recuperação de agentes econômicos não empresários. A questão da insolvência tem cada vez mais despertado a preocupação dos Estados e dos organismos internacionais e acarretando a produção legislativa sobre o tema.

A própria questão da unificação do direito privado já está superada, pois o que está em voga não são os antigos paradigmas, mas sim, a necessidade de ir além da unificação e alcançar a regulamentação dos mecanismos de reinserção do devedor excluído do mercado,

sendo ele empresário ou não, notadamente por ser a insolvência um fato econômico que alcança a ambos.

A segregação legislativa tem representado uma perda na qualidade de vida das pessoas, em especial no momento em que a crise econômica generalizada conduz o Estado a retirar ou refrear políticas de bem estar, ao passo que as pessoas se veem limitadas pelo endividamento.

O tratamento desigual que permite o acesso à recuperação aos empresários e restringe tal direito aos não empresários não pode encontrar amparo na constituição, sobretudo, pelo fato de que a isonomia é norma constitucional interpretada e aplicada sistemicamente, a exigir do intérprete uma análise a partir da pedra angular do ordenamento, a existência digna.

Ao se analisar as bases contratuais da recuperação de empresários que repousa na renegociação com novação das suas dívidas, é possível assumir que as pessoas não empresárias são dotadas dos mesmos direitos. Contudo, ante a ausência de regulamentação da sua recuperação, o direito de renegociar não frutifica.

Até então, o centro de tutela do direito concursal de matriz recuperacional tem seu foco na atividade desenvolvida pelo agente econômico, assim considerada como empresária. Não obstante o sujeito em si não é o mais importante, muito embora a atividade empresarial qualifique a pessoa como empresária.

O que ora se propõe é reconduzir ao centro do sistema recuperatório o sujeito, sem desprestigiar a sua atividade. Isso equivale a dizer que é preciso ampliar o foco e ter no seu espectro o *sujeito* e a sua *atividade*. Essa abertura considerará tanto a atividade desenvolvida quanto a pessoa, o sujeito de direitos e entrará em cena a dignidade do devedor como substrato teórico para uma análise constitucionalizada e emancipatória.

Notadamente, não se trata de relegar ao segundo plano os interesses econômicos, mas de trazer também ao centro das atenções o devedor, pois se torna imperioso considerar que aquilo que tem o condão de definir o direito de acesso à recuperação não é apenas a qualidade da atividade,¹⁴² que deve ser de natureza empresarial (elemento essencialmente econômico), mas, também, a qualidade de pessoa que demanda uma existência digna (elemento

¹⁴² Cf. a exposição de Rachel Sztajn (2007, p. 221) acerca da preservação da atividade: “Encontrar forma de, reconhecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, permita, havendo viabilidade econômica, manter a atividade, mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, na esteira do que fizeram outros países, como decisão de política legislativa, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja mediante sua divisão para alienar blocos, seja, ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la.”

substancialmente jurídico).

Não é o caso de afastar a economicidade da análise do direito de recuperação, especialmente pelo fato de que o objeto desta tese consiste em uma recuperação de conotações sustentáveis, cujos elementos congreguem os predicados da sustentabilidade.

A proposta é, indiscutivelmente, *de lege ferenda*, exigindo-se uma postura intervencionista do Estado para regulamentar a insolvência das pessoas não empresárias, permitindo-lhes a reinserção no mercado, tendo como pressuposto mecanismos sustentáveis, como mecanismos de tutoria, educação financeira, administração compartilhada, restrições de contração de despesas, dentre outros fatores.

Analisando-se a questão a partir de diversos ângulos, o reconhecimento do direito *de recuperação* se justifica pelo direito *à recuperação* de que são dotadas pessoas não empresárias. Presentes estão dos fundamentos jurídicos hábeis a ensejar tal inovação legislativa no Brasil.

Espera-se contribuir, a partir dos estudos ora relatados, com a edificação de um verdadeiro direito de recuperação no qual não haja segregação dos agentes econômicos em razão da sua expressão econômica, mas que seja a sua condição de pessoa o elemento definidor do seu direito de reorganizar e se reinserir no mercado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Keynes, crise e política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 75, de 10 de maio de 2004. Dispõe sobre a provisão técnica para garantia de remissão a que estão sujeitas as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 maio 2004. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Nzc2>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 191, de 8 de maio de 2009. Institui o Fundo Garantidor do Segmento de Saúde Suplementar (FGS) pelas Operadoras de Planos de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQyNQ==>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 209, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os critérios de manutenção de Recursos Próprios Mínimos e constituição de Provisões Técnicas a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTU3MQ==>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 276, de 03 de novembro 2011. Estabelece procedimentos a serem observados nos inquéritos administrativos aplicados à liquidação extrajudicial das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, por força do art. 24-D, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTg3Ng==>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 316, de 30 de novembro 2012. Dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde e revoga a RDC nº 47, de 3 de janeiro de 2001, e a RN nº 52, de 14 de novembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjMxNA==>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa (RN) nº 393, de 9 de dezembro de 2015. Dispõe sobre os critérios de constituição de Provisões Técnicas a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde e revoga dispositivos da Resolução Normativa nº 209, de 22 de dezembro de 2009, e a Resolução Normativa nº 75, de 10 de maio de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE1Mw==>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria Crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n. 19, p. 8-17, jan./mar. 2010.

ALTVATER, Elmar. Pós-neoliberalismo ou pós-capitalismo? O fracasso do neoliberalismo na crise financeira. In BRAND, Ulrich; SEKLER, Nicola (Org.). **Diante da crise global: horizontes do pós-neoliberalismo**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 99-120.

BAIRD, Douglas G.; MORRISON, Edward R. Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies. In: **Columbia Law and Economics Working Paper**, Columbia. N. 236, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=660301> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.660301>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Economia bancária e crédito**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancaria_credito.pdf> Acesso em: 09 fev. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Juros e spread bancário (novembro de 1999 a setembro de 2001)**. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPJUIROS>> Acesso em: 09 fev. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de economia bancária e crédito**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>> Acesso em: 07 fev. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução BACEN nº 2.682, de 21 de dezembro de 1999. Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Sisbacen. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 1999. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 57, p. 204-217, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5-37.

BAUMAN, Zygmunt. **En busca de la política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BERGER, Dora. **Insolvência no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 164, de 17 de janeiro de 1890. Reforma a lei nº 3.150 de 4 de novembro de 1882. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. v. 1, p. 83. (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-164-17-janeiro-1890-518020-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 703, de 10 de outubro de 1900. Concede favores aos bancos nacionaes. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1900. v. I, p. 25. (Publicação Original). Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=43962&norma=59708>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 738, de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM738.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. Reforma o codigo commercial na parte III. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. v. X, p. 3.037. (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.065, de 6 de maio de 1882. Contém diversas disposições sobre concordatas. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1882. v. 1, p. 25. (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3065-6-maio-1882-544658-publicacaooriginal-56128-pl.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929. Modifica a Lei de Fallencias. CLBR, de 1929. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1929. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D5746.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 19.634, de 28 de janeiro de 1931. Regulamento o art. 5º do decreto nº 19.479, de 12 de dezembro de 1930. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 30 jan. 1931. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19634-28-janeiro-1931-505849-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967. Regulamenta o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, com as modificações introduzidas pelos Decretos-Lei nº 168, de 14 de fevereiro de 1967, e nº 296, de 28 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/d60459.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 60.597, de 19 de abril de 1967. Regulamenta o Decreto-lei nº 59, de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 abr. 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-60597-19-abril-1967-401464-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 59, de 21 de novembro de 1966. Define a política nacional de cooperativismo, cria o Conselho Nacional do Cooperativismo e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0059.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0261.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987. Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 fev. 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2321.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 jul. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.228, de 3 de maio de 1946. Revigora o processo de liquidação extra-judicial de Bancos e Casas Bancárias, a que se refere o art. 5º do Decreto nº 19.479, de 12 de Dezembro de 1930, regulamentado pelo Decreto nº 19.634, de 28 de Janeiro de 1931, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 maio 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1808impressao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Lei Complementar (LC) nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 maio 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 20 out. 1823. v. 1, p. 7. (Publicação Original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anteriores/a1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 11 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860. Contendo providencias sobre os Bancos de emissão, meio circulante e diversas Companhias e Sociedades. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1860. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM1083.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908. Reforma a lei sobre fallencias. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 dez. 1908. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembr-o-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mar. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902. Reforma a lei sobre fallencias. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 22 ago. 1902. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-859-16-agosto-1902-584407-republicacao-108160-pl.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.190, de 14 de fevereiro de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, da Lei nº 5.627, de 1º de dezembro de 1970, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 fev. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10190.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 out. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111795.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2177-44.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os dois métodos da teoria econômica. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<http://core.ac.uk/download/files/153/6485449.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2016.

BROWN, Ashley. Apresentação. In: QUEIROZ, Jorge. **Turnaround corporativo: navegando em períodos de turbulência**. São Paulo: IBGT, 2004. p. 17-20.

BUENO, Newton Paulo. Lógica da ação coletiva, instituições e crescimento econômico: uma resenha temática sobre a nova economia institucional. **Revista Economia**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 361-420, jul./dez. 2004.

CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência internacional no Mercosul: proposta para a solução regional**. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas, SP: Saberes, 2010.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 207-217, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000100014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 abr. 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. São Paulo: Manole, 2004.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

Para entender o mundo em que vivemos. In: GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 27-47.

COMPARATO, Fábio Konder. Para entender o mundo em que vivemos. In: GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao**

professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 27-47.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 222, 06 de dezembro de 2010. Institui regras e procedimentos para o cálculo do patrimônio líquido ajustado exigido das entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalização, sociedades seguradoras e resseguradores locais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=27421>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 282, de 30 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o capital mínimo requerido para autorização e funcionamento e sobre planos corretivo e de recuperação de solvência das sociedades seguradoras, das entidades abertas de previdência complementar, das sociedades de capitalização e dos resseguradores locais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=30627>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão:** comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). **Estado e crise econômica:** questões relevantes. São Paulo: Arte & Ciência, 2011. p. 85-102.

DÍAZ, Marta Zabaleta. **El principio de conservación de la empresa en la ley concursal.** Navarra: Editorial Civitas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DUARTE, Francisco Carlos; HERBST, Kharen Kelm. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 16-38, jul./dez. 2013.

FERRAZ, Rodrigo Cardoso. **Crise financeira global:** impactos na economia brasileira, política econômica e resultados. 2013. 104 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Economia, Rio de Janeiro, 2013.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). **Estado e crise econômica:** questões relevantes. São Paulo: Arte & Ciência, 2011.

FERRY, Luc. **Diante da crise:** materiais para uma política de civilização. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

FIUZA, César de Castro. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GALLETTI, Danilo. Insolvenza civile e “fresh start”: il problema dei coobbligati. **Analisi Giuridica dell'Economia**, Bologna, n. 2, p. 391-404, dez. 2004.

GOMES, Fábio Guedes. **A nova economia institucional (NEI) e o (sub) desenvolvimento econômico brasileiro: limites e impossibilidades de interpretação**. [s.l.], 2004. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/art.s/download?id=864>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. **Revista de Direito Mercantil: Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste. **Recuperação judicial de empresas e falência à luz da nova lei n. 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica de mercado. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007.

ITÁLIA. **Lei das XII tábuas**. Roma, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.a3advogados.com/ler-grupo-de-estudos.php?id=17&lang=PT>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

JACKSON, Thomas H.. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Washington: Beardbooks, 1986.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 156-197, 1998.

MACHINEA, José Luiz. A crise financeira internacional: sua natureza e os desafios da política econômica. **Revista Cepal**, Santiago do Chile, n. 144, p. 101-125, maio 2010.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência**. 2010. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 331-348.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. 233 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage learning, 2016.

MANN, Ronald J. Making sense of nation-level bankruptcy filing rates. In: NIEMI, Johanna; RAMSEY, Iain; WHITFORD, William C. (Ed.). **Consumer credit, debt and bankruptcy: comparative and international perspectives**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009. p. 225-245. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~mr2651/%28M%29%20Nieme%20Ch11.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Octavio. **Fallências e concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1930.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallências e dos meios preventivos de sua declaração**: decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890: estudo teórico-prático. São Paulo: Typogbaphia Brasil de Carlos Gerke & Cia., 1899. v. 1.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. 7.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

MISES, Ludwig von. **Interventionism: an economic analysis**. New York: Foundation for Economic Education, 1998.

NGUYEN, Davy V. H. Too big to fail? Towards a Sovereig Bankruptcy Regime. **Cornell International Law Journal**, Nova Iorque, v. 45, p. 697-722, 2012. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Nguyen-final.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. México: Fondo de Cultura Económica. 1995.

NORTH, Douglass C. Institutions and economic growth: a historical introduction. **World Development**, Cambridge, v. 17, n. 9, p. 1.319-1.332, set. 1989.

NORTH, Douglass C. **Structure and change in economic history**. New York: W. W. Norton & Co, 1981.

NORTH, Douglass C. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992.

OLIVEIRA, Andréa Luísa de. O crédito como um direito fundamental: paradigma da pós-modernidade. In: MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.). **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 205-224.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1214.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p278.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza: síntese para tomadores de decisão**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.unep.org/greeneconomy/Portals/88/documents/ger/Green_Economy_Full_repo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2014.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PALHARES, Cinara. **A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana**. 2010. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial**: a função social da empresa. Curitiba: CVR, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antonio. **Sistema financeiro, desenvolvimento regional e Estado**: a regulação jurídica do crédito financeiro. 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PERES, Fabiana Prietos. **Novos deveres das instituições financeiras na prevenção do superendividamento**. 2013. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PEREZ, Marcelo Monteiro. **Uma contribuição ao estudo do processo de recuperação de empresas em dificuldades financeiras no Brasil**. 2007. 222 f. Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PICOLO, Angelo Antonio. **Natureza e limites do plano de recuperação de empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: FIUZA, César et al. (coord.). **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 291-313.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9-28, jul./set. 2007b.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 8, p. 4.913-4.942, 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 10 mar. 2016.

PORTUGAL. **Lei da boa razão**. Lisboa, 1769. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3pa725.htm>. Acesso em: 11 jan. 2015.

POSNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of '08 and decent into depression**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

PUTNAN, Robert D. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

REIFNER, Udo. “Thou shalt pay thy debts” - personal bankruptcy law and inclusive contract law. In: NIEMI, Johanna; RAMSEY, Iain; WHITFORD, William C. (Ed.). **Consumer bankruptcy in global perspective**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003. p. 143-186.

REIFNER, Udo et al. **Consumer overindebtedness and consumer law in the European Union**: final report. Helsinki, 2003. Disponível em: <http://www.ecri.eu/new/system/files/26+consumer_overindebtedness_consumer_law_eu.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº CNJ: 0507920-12.2010.8.21.7000**. Relator Desembargador Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 22 out., 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?PHPS ESSID=e358ed3594d5dae416d45c0242075e8c&nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&v ersao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var 2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=0507920-12.2010.8.21.7000&num_processo= 05079201220108217000&numCNJ=S&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var 2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_p esq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 28 jan. 2010.

ROTHBARD, Murray N. **America's great depression**. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Menos mercado. In: GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 75-81.

SANTOS, António Carlos dos. A crise financeira e a resposta da união europeia: que papel para a fiscalidade? In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). **Estado e crise econômica**: questões relevantes. São Paulo: Arte & Ciência, 2011. p. 9-26.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Portugal**: ensaio contra a autoflagelação. Coimbra: Almedina, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica na atuação do BNDS em uma economia baseada no conhecimento. 2009. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHEUERMAN, William. Reflexive law and the challenges of globalization. **The Journal of Political Philosophy**, Oxford, v. 9, n. 1, p. 81-112, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. Markets and freedom: achievements and limitations of the market - Mechanisms in promoting individuals freedoms. **Oxford Economic Papers**, Oxford, v. 45, n. 4, p. 519-541, out. 1993.

SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em estado de emergência econômico-financeira. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). **Estado e crise econômica**: questões relevantes. São Paulo: Arte & Ciência, 2011. p. 207-230.

SOUZA, Silvia Cristina Martins de. Crise! Crise! Crise! A quebra da Casa Souto nas letras de lundus compostos no Rio de Janeiro na segunda metade do século XIX. **Topoi (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 29, p. 588-611, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2014000200588&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 fev. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SZTAJN, Rachel. Capítulo III - Da recuperação judicial - Seção I - Disposições gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coords.) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 219-269.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. 4. ed. rev. e atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENTURA, Eloy Câmara. **A evolução do crédito da antiguidade aos dias atuais**. Curitiba: Juruá, 2010.

WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Buscalegis**, Florianópolis, n. 24, p. 36-54, set. 1992.

ŽIŽEK, Slavoj. **Liberdade, democracia e TISA**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2014/07/14/zizek-liberdade-democracia-e-tisa/>>. Acesso em: 07 fev. 2016.