

DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA AO SOERGUIMENTO: por um Direito Recuperacional

FROM INSOLVENCY STATE TO UPHEAVAL: in pro of a recuperational law

Gustavo Henrique de Almeida¹
Mário César Hamdan Gontijo²

Resumo: Trata-se de estudo relativo à ausência de mecanismos de recuperação dos agentes econômicos. O trabalho tem como escopo a análise da viabilidade da criação do Direito Recuperacional como ramo destinado ao estudo do soerguimento do devedor em crise. O paradigma da pesquisa cinge-se ao crédito como um direito fundamental. O estudo aborda o crédito como elemento indispensável para o acesso aos serviços e bens de consumo que garantem a existência com dignidade em uma ordem econômica capitalista. A justificativa dessa pesquisa se revela na necessidade de se conferir tratamento recuperatório ao devedor em crise que seja condizente com a concepção de crédito como um direito fundamental. O objetivo deste estudo é constatar a viabilidade da criação do Direito Recuperacional. A abordagem possui um viés eminentemente constitucional. Nesse sentido, são conjugados direitos fundamentais dos credores e do devedor, analisando a compatibilização entre ambos. O método jurídico-descritivo foi utilizado para decompor a norma objeto de estudo, assim como foi utilizado o método jurídico-propositivo com a finalidade de apontar, ao final, as soluções.

Palavras-chave: Devedor em crise; Direito Recuperacional; Direitos Fundamentais.

Abstract: This paper is about the lack of mechanisms for the recovery of economical agents. The scope of the present work is to examine the viability of creating a Recuperational Law, as a branch of study dedicated to the recovery of debtors in crisis. The paradigm of this research is the credit as a fundamental right. The study addresses the credit as indispensable for access to consumer goods and services that ensure the dignity in a capitalist economic order. The justification for this research reveals itself in the necessity of giving the debtor in crisis a recovery treatment, which is consistent with the concept of credit as a fundamental right. The objective of this study is to verify the viability of creating a Recuperational Law. The study has an eminently constitutional approach. Therefore, fundamental rights of creditor and debtor are

¹ Universidade de Itaúna – Itaúna – Minas Gerais - gustavohenrique.adv@hotmail.com

² Universidade de Itaúna – Itaúna – Minas Gerais - mariogontijo@yahoo.com.br

conjugated in order to analyze the compatibility between them. The legal-descriptive method was used in order to decompose the object of study, as well as the judicial-suggestive method was used with the purpose of pointing out, in the end, solutions for the problem.

Key words: Debtor in crisis; Recuperational Law; Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

O agente econômico em estado de crise despertou 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. Sob outro olhar, aqueles que são credores do devedor em crise possuem o legítimo direito de receber o que lhes seja devido.

No bojo desse contraponto, estabelecer um mecanismo de conformação dos direitos dos credores com a garantia dos direitos fundamentais do devedor, sobretudo em processo concursal, 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 se refletiu na seara jurídica influenciando a mudança dos ordenamentos 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 apresentassem estado de crise econômico-financeira. 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 legais que tratam dos processos concursais. Além da Lei n. 11.101/05, nominada Lei de Falências e Recuperação de Empresas, única a prever a recuperação como modo alternativo à liquidação do insolvente, vigoram outras normas que tratam da insolvência. Nenhuma das demais leis concursais traduzem a preocupação com a recuperação do agente malsucedido.

A existência do emaranhado de leis que disciplinam a insolvência no Brasil não coaduna com a tendência dos modernos ordenamentos jurídicos de unificar os procedimentos concursais. Alemanha, Espanha e Portugal são exemplos de países nos quais a unificação do Direito Concursal, empresarial e civil, é uma realidade. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 540)

No mesmo sentido, 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 pela *Bankruptcy Act*, que permite o soerguimento dos empresários e dos não empresários. Neste país, modernas teorias foram adotadas para soerger os agentes econômicos durante a crise financeira de 2007/2010, como a *too big to fail theory*³.

No Brasil permanece a insolvência civil como procedimento autônomo, que regulamenta apenas o procedimento de liquidação, não possibilitando o soerguimento do executado. Deste modo, temos 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. (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 transfronteiriças. Tal preocupação vem sendo materializada em rodadas de discussões acerca da matéria, na esteira das discussões da criação da Lei Modelo UNCITRAL, e do Regulamento (Comunidade Europeia) N° 1346/2000.

³ 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 entre os anos de 2007 e 2010.

Os recentes casos de insolvência e de crise econômica experimentado por diversas multinacionais demonstram 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 escopo do presente trabalho se assenta em analisar se é viável permitir o acesso de todos os agentes econômicos a mecanismos de recuperação econômica. A hipótese a ser analisada consiste na necessidade de um novo ramo do direito para conferir tratamento diferenciado ao devedor em crise.

O método utilizado é o jurídico-descritivo, por meio do qual são analisados os institutos jurídicos tangenciais ao tema, além do método jurídico-descritivo, por meio do qual, a partir do problema de pesquisa se propõe, ao final, soluções concretas.

A justificativa da pesquisa reside na importância que o crédito possui para qualquer agente econômico em uma sociedade cuja opção do sistema econômico adotado pela constituição da república é o capitalista. Ademais, verifica-se igualmente importante a análise do crédito como direito fundamental no âmbito do Estado Democrático de Direito de matriz capitalista.

Por fim, o objetivo da pesquisa, além de contribuir com o progresso da ciência do Direito, pode ser verificado de modo geral na análise do tratamento do insolvente pela atual legislação e, de modo particular, na verificação da viabilidade de um novo modelo de regulamentação da insolvência, a partir da concepção de recuperação do devedor.

2 A DICOTOMIA DO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO

A necessidade de uma análise da dicotomia do Direito Concursal atualmente existente torna-se patente na medida em que diversas atividades 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 liquidação. (COROTTO, 2009, p. 239) A exclusão de algumas atividades do âmbito de incidência da referida lei promove

uma aplicação do procedimento de recuperação de forma restrita, ainda que diversos sujeitos de direitos necessitem desse instrumento.

As cooperativas, *v. g.*, que são de grande importância para economia nacional, estão afastadas da possibilidade de recuperação em caso de insolvência. Do mesmo modo, os consórcios, as entidades de previdência complementar, as sociedades operadora de plano de assistência à saúde, as sociedades seguradoras, as sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores não podem ter acesso à recuperação, posto que esta se destina apenas aos empresários que não estejam excluídos pelo art. 2º da Lei n. 11.101/05.

Por outro lado, a unificação do Direito Concursal em outros ordenamentos permitiu não só uma simplificação do sistema jurídico, como também uma melhor aplicação dos institutos que lhes são próprios. Baseando-se no direito comparado, a mera unificação pode permitir a extensão de institutos que, no Brasil, são reservados apenas aos empresários que se submetem ao regime da Lei n. 11.101/05, como ressaltado o instituto da recuperação. (DÍAZ, 2006, p. 115) Contudo, carece de análise a criação de um novo ramo próprio a soerguer agentes econômicos em crise, proposta deste trabalho.

Nesse sentido, uma análise constitucionalizada torna-se indispensável, posto que os princípios constitucionais incidentes sobre a atividade econômica permitem um repensar da 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 viabilidade dogmático-jurídica da criação do Direito Recuperacional brasileiro para permitir o acesso ao procedimento de recuperação por aqueles que dele são atualmente excluídos.

3 A NECESSIDADE DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO DOS AGENTES ECONÔMICOS

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.

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 físicas, 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.

O tema é específico, cuja abordagem se funda na análise atual e crítica do sistema concursal, especialmente focado nos princípios constitucionais, além daqueles que regem a matéria.

Torna-se importante frisar que os estudos poderão 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.

4 UM PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E ALGUNS MOVIMENTOS DOUTRINÁRIOS

O problema da recuperação de todos os agentes econômicos é pouco explorado no âmbito acadêmico nacional, ainda que existam projetos legislativos tendentes à unificação do Direito Concursal. Não há, tampouco, uma obra que aborde especificamente o tema, sobretudo quanto o mote está na possibilidade de se estender aos não empresários o instituto do soerguimento por meio da criação do Direito Recuperacional.

Susana Corotto, ao estudar os modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão destacou que o tema da recuperação de todos os agentes econômicos 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”. (COROTTO, 2009, p. 239)

Embora não exista uma obra que aprofunde no estudo do tema, alguns posicionamentos esparços são verificados na doutrina pátria, entretanto sem uma investigação científica que aborde os aspectos constitucionais e principiológicos como ora se propõe.

O problema delineado chegou ao Judiciário, que não foi demasiadamente provocado ao ponto firmar um entendimento jurisprudencial. Um caso paradigmático que chegou à Justiça foi o pedido de recuperação, com fundamento na Lei n. 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 efeito susensivo. Atualmente o processo encontra-se tramitando, sob o número do Conselho Nacional de Justiça: 0507920-12.2010.8.21.7000.

A produção não acadêmica, portanto, é pouco desenvolvida para se afirmar a existência de uma base metódica consolidada, o que justifica o presente estudo como contribuição para o aperfeiçoamento do estado da arte sobre o tema.

Em obras não específicas, alguns doutrinadores demonstram uma preocupação em relação à inexistência de tutela recuperatória para o devedor civil decorrente da dicotomia do Direito Concursal. Rubens Requião, debatendo a unificação 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.” (REQUIÃO, 1993, p. 22)

No mesmo sentido, fazem oposição ao sistema dualista doutrinadores como Trajano de Miranda Valverde (1999, p. 3) e Humberto Theodoro Júnior. Este jurista apresentou ao

Deputado Federal Luiz Antonio de Medeiros Neto um parecer⁴ no qual se manifesta favoravelmente à extensão da recuperação aos não empresários e igualmente à unificação do Direito Concursal.

Há, contudo, abalada doutrina que se contrapõe ao sistema unionista, dentre os quais se pode citar Gladston Mamede. Este 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.

Como exposto, o tema é pouco explorado no universo acadêmico, mas tal ideia é abraçada por Rubens Requião, ao sustentar que a insolvência pode alcançar o agente econômico, e a circunstância de ser ele 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”. (1993, p. 32)

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

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. (2009, p. 239)

Como já demonstrado, o entendimento acima não é isolado, possuindo outros adeptos na doutrina. Portanto, cabível é a análise das bases metódicas para a criação de um ramo do direito que permita o acesso à recuperação a todos os devedores.

5 O CRÉDITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais resultam de um longo processo de evolução social e jurídica da humanidade, de modo que cada Estado, de acordo com seu grau de desenvolvimento

⁴ O Projeto de Lei 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: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/358313.pdf> Neste parecer Humberto Theodoro Júnior se manifesta favoravelmente ao acesso dos não empresários à recuperação.

social e jurídico, internalizando o que se compreende como direitos humanos, fez repousar em âmbito constitucional tais previsões.

Inerentes à pessoa humana, os direitos fundamentais permitem aos seus titulares a inviolabilidade do que por eles é tutelado, especialmente contra o Estado, mas também contra o particular, em uma aplicação horizontal. Desse modo, a liberdade, a vida, a honra, dentre tantos outros direitos são considerados como fundamentais.

Uma forma de se caracterizar como fundamental exige que o direito seja tal que assegure à pessoa existência com dignidade. Esse conjunto de direitos estampados na constituição é, por assim dizer, fundamental para a pessoa humana.

Em terreno constitucional, compreendem os doutrinadores que os direitos fundamentais são assim considerados ora por estarem positivados na constituição, ou ora por se referirem bens jurídicos de envergadura eminentemente constitucional. (MIRANDA, 1998, p. 8) (BONAVIDES, 1997, p. 515)

Nesse contexto, surge o crédito como direito fundamental. Contudo, uma análise cuidadosa e técnica deve ser erigida para não haver confusões conceituais. Portando, desdobra-se a presente análise no reconhecimento do crédito como direito fundamental.

Antes de adentrar nessa questão, torna-se importante contextualizar o crédito na ordem constitucional. Cumpre esclarecer, porém, que a ordem constitucional se estabelece com base na livre iniciativa e, como corolário, em um regime capitalista.

O art. 170 da constituição da república, que trata dos princípios gerais da ordem econômica, inaugurando a abordagem constitucional do título VII, estabelece que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Se a constituição estabelece que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, o constituinte fez opção clara pelo capitalismo, regime no qual vigora o crédito como meio de acesso aos produtos e serviços indispensáveis à manutenção da vida e da sua existência com dignidade.

Não se trata aqui de analisar o crédito com dinheiro, como direito de recebimento ou mesmo como um título. Concebe-se o crédito nessa abordagem como a potencialidade do sujeito estabelecer relações jurídicas com a finalidade de adquirir bens ou serviços indispensáveis a sua existência com dignidade. Nesse sentido, deve ser compreendido como fundamental o acesso às essas relações jurídicas.

Assim, retirar de um sujeito à potencialidade de acesso ao crédito, ou seja, retirar de um sujeito à potencialidade de estabelecer relações jurídicas com a finalidade de adquirir bens ou serviços indispensáveis a sua existência com dignidade equivale a violar o direito fundamental ao crédito.

Deve ser observada a condição de existência com dignidade para poder falar em direitos fundamentais, e a dignidade não pode estar presente quando se retira do indivíduo a faculdade de estabelecer relações hábeis ao seu incremento.

Nesse contexto, compatibilizar o direito dos credores de extrair do devedor os créditos que lhes são devidos com o direito do devedor de não ser reduzido à indignidade é tema de central importância. Entre permitir a execução coletiva expropriativa e permitir a execução coletiva pautando-se pela recuperação do executado, parece ser razoável a segunda hipótese, que compatibiliza os direitos fundamentais dos credores e do devedor.

Pelo ora analisado, parece razoável afirmar que o crédito se apresenta como um direito fundamental por permitir o estabelecimento de relações jurídica hábeis ao exercício de outros direitos fundamentais em um regime capitalista.

6 O PANORAMA DO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO

No Brasil, a legislação concursal empresarial surgiu com o Código Comercial de 1850. Frise-se que o Código Comercial foi a primeira lei efetivamente brasileira a tratar de falência, haja vista se aplicar no Brasil a legislação portuguesa, mesmo depois da proclamação da independência. A quebra se caracterizava pela cessação de pagamentos, tal como disciplinado na Parte III do Código Imperial, que durante quarenta anos vigorou em meio a edição de decretos que tratavam de questões pontuais em matéria falimentar.

Em outubro de 1890, a legislação falimentar brasileira sofreu considerável alteração. O Decreto Republicano de n. 917, com pontos criticáveis, surgiu e sucumbiu em meio ao clamor de que uma lei nova coibisse os abusos que tanto prejudicavam ao crédito particular. Em dezembro de 1908, a Lei n. 2.024 aperfeiçoou os princípios que informavam o Decreto Republicano de n. 917, além de simplificar alguns aspectos processuais e corrigir imperfeições práticas. Posteriormente, em 1945, a falência e a concordata passaram a ser regulada pelo Decreto-Lei n. 7.661. Esse decreto vigorou por sessenta anos em nosso ordenamento e, na constância de sua vigência, o Poder Judiciário e a doutrina assimilaram a importância da atividade empresarial, de modo que a renovação legislativa se fez necessária.

Concomitantemente com a evolução das leis alusivas aos processos concursais empresariais, diversas outras leis foram surgindo para tratar de processos concursais de alguns empresários em especial, ou mesmo para disciplinar o concurso de credores de devedores não empresários.

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

Em 2005 a legislação concursal empresarial foi renovada, entrando em vigor a Lei n. 11.101, cuja tônica consiste na preservação da empresa e sua repercussão no mercado. Além disso, a nova lei revela o reconhecimento e prestígio que o legislador, diante da constituição, conferiu à atividade geradora de riquezas. Tal lei geral coexiste com outras leis relativas a processos concursais empresariais especiais, ou que tratam da insolvência de não empresários. Assim, a própria Lei n. 11.101/05 estabelece a exclusão de alguns agentes econômicos do seu âmbito de aplicação.

A primeira exceção expressa no art. 2º se refere à empresa pública. Ao excluir tal agente econômico de sua aplicação, a Lei n. 11.101/05 retira a possibilidade de se decretar a falência da empresa pública. A concepção de uma empresa que atua nos setores de interesse público é incompatível com sua falência, haja vista o fato de que seu capital está nas mãos do Estado. Isso significa dizer que sua existência está calcada na primazia do interesse público.

Ademais, a criação da empresa pública se dá por ato normativo, devendo sua extinção ocorrer com paridade de forma, ou seja, também pelo ato normativo.

No mesmo sentido, a sociedade de economia mista não se submete aos ditames da Lei n. 11.101/05, por disposição expressa desse diploma. Considerando que a sociedade de economia mista possui capital público e privado, sua situação perante o ordenamento é peculiar em relação à aplicação ou não da Lei n. 11.101/05.

Em verdade, tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista representam uma obediência do legislador ao art. 173, da Constituição Federal, ao observar que a exploração da empresa pelo Estado ocorre se for necessário em razão dos imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo. Assim, o Estado, ao se tornar agente econômico, intervindo na economia como se empresário fosse, pode se utilizar da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

Porém, nos termos do art. 173, em seu §1º, inciso II, ao se lançar no mercado como se empresário fosse, o Estado se submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas, especialmente no que diz respeito às obrigações civis, empresariais, trabalhistas e tributárias.

Sendo assim, em razão do regime de concorrência leal, deveria a Lei n. 11.101/05 se aplicar às empresas públicas e às sociedades de economia mista, uma vez que a constituição determina a submissão do Estado ao regime jurídico próprio das empresas privadas quando ele atuar diretamente no domínio econômico de forma empresarial. Mas não é o que se verifica, pois o art. 2º, inciso I, da referida lei exclui de sua aplicação as empresas públicas e às sociedades de economia mista.

É, também, excluída da submissão à Lei n. 11.101/05, a instituição financeira, seja ela pública ou privada. A instituição pública segue a regra das empresas públicas ou das sociedades de economia mistas. Quanto às instituições financeiras privadas, seu regime de insolvência é disciplinado pela Lei n. 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.

Isso significa dizer que um credor não pode pedir a falência de uma instituição financeira. Contudo, pode a instituição financeira falir, se constatada alguma das hipóteses previstas na Lei n. 6.024/74, desde que o pedido judicial seja formulado pelo interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, mediante a autorização da autoridade monetária.

As hipóteses para o pedido de falência e aplicação da Lei n. 11.101/05 às instituições financeiras estão na Lei n. 6.024/74, em seus artigos 12, “d” e 21, “b”. Assim, pode o Banco Central autorizar o interventor a requerer a falência da instituição financeira quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou, ainda, quando a complexidade dos negócios da instituição ou a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

No mesmo sentido, a vista do relatório produzido pelo interventor, o Banco Central pode autorizar o liquidante a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares, previstos na Lei n. 11.101/05.

Aplica-se a Lei n. 6.024/74 às cooperativas de crédito, que também são excluídas da aplicação direta da Lei n. 11.101/05, apenas podendo falir se constatadas as hipóteses da Lei n. 6.024/74, em seus artigos 12, “d” e 21, “b”.

A lei 11.101/05 exclui do seu âmbito de aplicação o consórcio, sendo este entendido como o consórcio de consumo de bens e serviços. Disciplinada pela Lei n. 11.791/2008, as administradoras de consórcios são submetidas, conforme art. 39, aos ditames da Lei n. 6.024/74, além do Decreto-Lei n. 2.321/87, e da Lei n. 9.447/97.

Assim sendo, a falência das administradoras do consórcio, e não do conórcio em si, pode ser decretada se o interventor ou liquidante assim o requerer, desde que autorizado pela autoridade monetária.

A entidade de previdência complementar e a sociedade operadora de plano de assistência à saúde também não estão submetidas diretamente aos institutos da Lei n. 11.101/05. Assim, de acordo com a Lei n. 9.656/98, tais sujeitos de direitos sujeitar-se-ão ao regime de falência quando, no curso da liquidação extrajudicial promovida pela Agência Nacional de Saúde, for verificada uma das seguintes hipóteses: a) o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; b) o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; c) nas hipóteses de fundados indícios de crimes falimentares.

Também excluídas da aplicação direta da Lei n. 11.101/05, as sociedades seguradoras apenas poderão ter sua falência pedida liquidante ou interventor após a decretação da sua liquidação extrajudicial, constatando-se que o ativo não é suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou, ainda, quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar. O procedimento de liquidação extrajudicial corre perante a Superintendência de Seguros Privados – Susep, nos termos art. 26, do Decreto-Lei n. 73/66.

Por fim, à sociedade de capitalização não se aplica diretamente a Lei n. 11.101/05, em razão do art. 2º, inciso II. Tais sociedades são reguladas pelo Decreto-Lei 261/67, que em seu artigo 4º determina a aplicabilidade do Decreto-Lei 73/66 no que toca à insolvência. Assim, uma vez decretada pela Susep a liquidação extrajudicial e se constata que o ativo não é suficiente para o pagamento de pelo menos da metade dos credores quirografários, ou, ainda, quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar, pode o interventor ou liquidante pedir a falência da sociedade de capitalização.

Veja-se que todo esse emaranhado de leis representa um entrave à administração da justiça e um pesar para o jurisdicionado. Nesse sentido, oportuna seria uma revisão dos procedimentos concursais, especialmente em razão do fato de que a única lei que

efetivamente possibilita ao devedor o seu sorguimento é a Lei n. 11.101/05, ao tratar da recuperação de empresas. A conclusão a que se chega é a de que alguns excluídos do âmbito de aplicação da Lei n. 11.101/05, embora sejam agentes econômicos de suma importância para a economia nacional, estão a carecer de um mecanismo de soerguimento nos momentos de crise, restando a eles a vala comum da liquidação.

Analisando o atual panorama do Direito Concursal brasileiro não se verifica, à exceção da Lei n. 11.101/05, nenhum sistema de recuperação do devedor superendividado. Algumas propostas legislativas abordam o tema sem, contudo, criar um sistema de soerguimento do devedor.

Há no Senado o Projeto de Lei nº 283, de 2012, com vistas a aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor dispondo sobre a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. Este projeto estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas.

Outro projeto de destaque se refere ao Novo Código de Processo Civil. Todos os debates relativos à insolvência, assim como todos os textos apresentados não inovam. Apenas tratam a insolvência de forma superficial e relega à Lei n. 11.101/05 o caráter de norma supletiva.

Embora os projetos mencionados sejam de alta envergadura, ambos não criam um sistema jurídico de recuperação do devedor, seja ele uma pessoa natural ou não. As propostas, nesse sentido, são ainda tímidas.

7 PROPOSTA DE UM DIREITO RECUPERACIONAL

Um ramo do direito exige para sua autonomia científica alguns pressupostos. Nesse sentido, Cretella Júnior (1987, p. 13) sustenta que um ramo do direito é autônomo quando tem objeto próprio, institutos próprios, método próprio e princípios

informativos próprios. Nesse sentido, a possibilidade de existência de um ramo autônomo do ponto de vista científico demanda uma profunda análise teórica.

Pode-se dizer, em análise preliminar, que o objeto do ora denominado Direito Recuperacional seria conjunto de normas relativas à recuperação do devedor em crise econômico-financeira, cujo instituto a ser aplicado seria o da reorganização ou recuperação a partir de métodos próprios com procedimentos específicos. Por certo, os princípios informativos surgem com a compreensão constitucional da recuperação do devedor, sobretudo se considerar o crédito como um direito fundamental.

É evidente a necessidade de investigar a fundo a viabilidade científica de um novo ramo do Direito denominado como Direito Recuperacional, de acordo com um quadro estático e de caráter técnico a orientar os estudiosos no uso das normas e das instituições jurídicas. Contudo, é possível dizer que se apresenta premente a necessidade de normas, mesmo que não edificantes de um novo ramo do direito, que permitam o acesso dos devedores insolventes ao crédito, mediante sua recuperação.

A inexistência de um Direito Recuperacional relega o tema às disposições legislativas secundárias e isoladas, o que não permite a necessária profundidade científica que o assunto requer.

Os levantamentos doutrinários ou as posições judiciais isoladas, como ocorreu no bojo do pedido de recuperação de empresas de uma cooperativa, revelam a preocupação incipiente de unificar o sistema concursal. Contudo, a proposta ora levada à comunidade científica tem por finalidade ampliar o tema da unificação do Direito Concursal e permitir a discussão sobre a necessidade de um ramo do direito que permita a recuperação de todo e qualquer agente econômico.

Não se olvide que a compreensão do agente econômico também abarca a pessoa jurídica, eis que não há óbice insuperável para reconhecer a esta espécie de pessoa a tutela de seus direitos fundamentais, ressaltando suas características peculiares.

Por certo, todo agente econômico tem sua importância para a economia. Seja de macro ou de micro expressão, sua importância também é reconhecida pelo projeto constitucional de assegurar direitos fundamentais que, pelas características do próprio

capitalismo, são assim tutelados por meio da possibilidade de se entabular negócios jurídicos cujos objetos são relativos a tais categorias de direitos.

Não restam dúvidas de que a potencialidade de estabelecer relações jurídicas caracterizadoras do crédito é um permissivo para o desenvolvimento da personalidade, tornando, assim, passível de dignidade da existência. O cancelamento do crédito como propugnado pelos meios de execução não permitem uma recuperação do devedor, mas sim o torna um sujeito à margem do sistema econômico.

A proposta é de permitir o soerguimento, tutelando o crédito para que este permita o acesso aos bens materiais e imateriais indispensáveis à existência digna. Contudo, observando-se sempre os direitos dos credores.

Nesse contexto, a proposta de um ramo científico se apresenta como necessário. Por certo, a autonomia que se apresenta melhor se assenta na existência de um ramo científico independente, com objeto, institutos, método e princípios próprios.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das relações econômicas revela um sistema que eleva o crédito como elemento fundamental. Ao longo do tempo os devedores experimentaram mecanismos de extração de sua propriedade de modo a pagar seus débitos junto aos credores, sem que houvesse um mecanismo de sorguimento para o devedor em crise.

Com o advento da Lei n. 11.101/05, o devedor empresário, desde que não excluído do âmbito de aplicação da mencionada lei, possui o instituto da recuperação de empresas que lhe permite criar um plano de recuperação a ser aprovado pelos credores, de forma tal que possa sair do estado de crise econômico-financeira.

Tal lei é a única a prever um sistema de recuperação com franca atenção ao devedor, sem desprestigiar os credores. Contudo, uma série de agentes econômicos não podem ter acesso a esse instituto, eis que fora criado para empresários e a própria Lei n. 11.101/05 faz referência àqueles que não podem de seus intitutos se valer.

Essa dicotomia entre os sistemas de insolvência revela uma difícil realidade segundo a qual a recuperação existe apenas para certos e determinados devedores. Entretanto, as dificuldades econômicas existem para todo e qualquer agente econômico paracendo razoável concluir que todos devem ter acesso aos mecanismos de recuperação.

Nesse contexto, o crédito se revela indispensável para a vida em sociedade de sistema econômico capitalista, eis que o acesso aos bens e serviços de consumo é obtido em razão da potencialidade de estabelecer relações jurídicas. A limitação ou restrição do crédito, muitas vezes perpetradas por serviços de proteção ao crédito exatamente no momento em que o devedor está em crise econômico-financeira faz com que o acesso aos serviços e bens de consumo seja limitado.

Partindo da compreensão de que o crédito, ora concebido como a potencialidade do sujeito estabelecer relações jurídicas com a finalidade de adquirir bens ou serviços indispensáveis a sua existência com dignidade, todo agente econômico dele depende.

Conceber que o devedor, seja ele de que natureza for, não pode ter acesso aos serviços e bens indispensáveis à sua existência revela um tratamento não digno. Em verdade, a proposta se assenta na necessidade de se estabelecer um sistema de soerguimento do devedor, pois a mera liquidação não tende a promover benefícios porque não é sustentável.

O critério da simples liquidação, além de ferir a dignidade daquele cujos bens foram expropriados sem lhe permitir acesso a um plano para sua recuperação, não se apresenta como mecanismo hábil a fazer prevalecer a máxima da sustentabilidade, especialmente no que diz respeito à sustentabilidade social.

Os sinais do Legislativo, no sentido de criar um mecanismo de tutela do consumidor superendividado, assim como do Judiciário ao deferir o pedido de recuperação de empresas para uma cooperativa só reforçam a compreensão de que urge a criação de um sistema jurídico de grande amplitude, o qual tenha como foco a recuperação do devedor em crise.

Do ponto de vista científico, a criação desse sistema de recuperação deve dar ensejo a um ramo do direito, ora proposto como Direito Recuperacional. Tal ramo, com objeto,

institutos, método e princípios informativos próprios pode satisfazer aos anseios científicos.

Contudo, as discussões ainda são incipientes e demandam proposições acadêmicas ainda mais robustas de modo a se propor efetivamente a criação de um novo ramo. Por outro lado, diante da realidade do ordenamento pátrio, qualquer inovação na direção de mecanismos de recuperação do devedor em crise se apresentaria condizendo com o projeto constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

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

BERNARDI, Ricardo. Da realização do ativo. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005 - artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 484-502.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

BRASIL. (Constituição, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **DOU**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 nov. 2009.

_____. Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Processo n. CNJ: 0507920-12.2010.8.21.7000. Relator Desembargador Artur Arnildo Ludwig. 22/10/2010. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?PHPSESSID=e358ed3594d5dae416d45c0242075e8c&nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&verso_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=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_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?PHPSESSID=e358ed3594d5dae416d45c0242075e8c&nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&verso_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=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_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)> Acesso em: 28 jan. 2010.

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.

CRETELLA JÚNIOR, José, **Curso de Direito Administrativo**, 9. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica.** 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **(Re)pensando a pesquisa jurídica.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DÍAZ, Marta Zabaleta. **El principio de conservación de la empresa en la ley concursal.** Navarra: Editorial Civitas, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2a Edição, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1998.

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.

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.