
ANÁLISE ECONÔMICA DA NECESSÁRIA EXTENSÃO DOS MEIOS DE RECUPERAÇÃO A TODOS AGENTES ECONÔMICOS VIÁVEIS

Economic Analysis of the Necessary Extension of the Means of Recovery to all Viable Economic Agents

Carlos Henrique Passos Mairink¹

Gustavo Henrique de Almeida²

Roberta Salvático Vaz de Mello³

Resumo: Hodiernamente, no Brasil, torna-se inegável a existência de uma crise econômico-financeira prolongada e instalada, bem como que tais dificuldades se transformam em um fenômeno que vem se agravando ao longo dos últimos anos. Em uma sociedade capitalista, como a brasileira, é de extrema importância, para a sobrevivência do mercado, que haja um equilíbrio entre o dualismo de interesses existente entre os credores e os devedores, sendo que, quando esses elos se rompem, surge um colapso na economia e no mercado. O que se propõe é realizar uma análise sobre os motivos pelos quais o procedimento recuperacional não pode ser estendido e aplicável a todos os agentes econômicos viáveis, independentemente de serem ou não empresários, sendo esse o problema de pesquisa proposto. Para tanto, utiliza-se como marco teórico a ideia da igualdade de tratamento entre os agentes econômicos insolventes viáveis. Tal pensamento se baseia em uma leitura constitucional, além de se utilizar o método hipotético-dedutivo definido por Karl Popper a partir de críticas à indução. Além de fundamentar a unificação do direito recuperacional a partir da utilização da análise econômica do direito, como forma de hermenêutica, demonstrando-se que é necessário utilizar o processo recuperacional em as todas as atividades econômicas, viáveis, como forma de atingir as metas constitucionais por meio de eficiência na geração e distribuição de riquezas, e consequente maximização dos recursos escassos, tudo com o escopo de erradicar a pobreza.

Palavras-chave: Recuperação. Atividades Econômicas Viáveis. Análise Econômica do Direito.

Abstract: Historically, in Brazil, the existence of a prolonged economic and financial crisis has become undeniable, as well as that such difficulties have become a phenomenon that has been worsening over the last years. In a capitalist society, such as the Brazilian one, it is extremely important for the survival of the market that there is a balance between the dualism of interests between creditors and debtors, and when these links break, there is a collapse in the Economy and the market. What is proposed is to carry out an analysis on the reasons why the recovery procedure cannot be extended and applicable to all viable economic agents, regardless of whether or not they are entrepreneurs, and this is the proposed research problem. Therefore, the idea of equal treatment

1 Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com.

2 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Universidade de Itaúna. Coordenador do Curso e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. Consultor. Advogado.

3 Doutoranda (Bolsista Capes Taxa) e Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora da Faculdade Minas Gerais e Advogada.

among viable insolvent economic agents is used as the theoretical framework. Such thinking is based on a constitutional reading, in addition to using the hypothetical-deductive method defined by Karl Popper from criticism to induction. In addition to substantiating the unification of the recovery right from the use of the economic analysis of law, as a form of hermeneutics, demonstrating that it is necessary to use the recovery process in all economic activities, viable, as a way to achieve the constitutional goals through of efficiency in the generation and distribution of wealth, and consequent maximization of scarce resources, all with the scope of eradicating poverty.

Keywords: Recovery. Viable Economic Activities. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Traçam-se as linhas do presente trabalho na relação, por vezes conflitante, do interesse que envolve os devedores e os credores como agentes de um sistema macro econômico quer seja no âmbito nacional ou internacional.

Soergue a, premente, necessidade de um estudo sobre de unificação dos meios de recuperação dos agentes econômicos em face de um antagonismo instalado. De um lado estão aqueles que se encontra em crise e, portanto, possuem acesso limitado a serviços e bens de consumo, que são indispensáveis à manutenção da sua atividade. Por outro lado, os credores possuem o legítimo direito de receber o que lhes seja devido.

Tal premissa se torna verdadeira, pois, o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro é que o meio de recuperação, tipificado, basicamente privilegia, apenas, os empresários.

A virtude, ou melhor, o desafio instalado ao tema reside em encontrar uma solução, um mecanismo, apto a satisfazer os direitos dos credores e ao mesmo tempo garantir os direitos fundamentais dos devedores, estabelecendo critérios que autorizem a reestruturação da atividade, viável, no caso concreto, ou mesmo em sentido macro, sob a ótica da sustentabilidade de todo o sistema econômico.

Contudo, se faz necessário, desde já, esclarecer que o que se pretende com o estudo é demonstrar pela análise econômica do direito que é possível unificar e possibilitar o reestabelecimento de todos os devedores insolventes, porém, recuperáveis. Uma solução poderia ser encarar essa insolvência, recuperável, como um único processo.

É inegável a existência no ordenamento jurídico brasileiro de normas que buscam a possibilidade de soerguimento de uma parcela da atividade.

Tal fato pode ser verificado facilmente constatado, pois ao longo historia sempre houve uma preocupação de se recuperar atividade viável. Esses reclames sociais, econômicos ou políticos repercutiram na seara jurídica influenciando a mudança das normas, da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, verifica-se que 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, além da criação de

mecanismos de recuperação do empresário insolvente em crise superável.

Contudo, mesmo com os anseios sociais, políticos e jurídicos não existe nítida ligação entre as normas. A produção dos textos legais no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu de forma dispersa, sendo que, hodiernamente, existem diversos diplomas normativos que tratam dos processos concursais, todavia, não são aptos a soerguer todos os devedores viáveis.

A Lei n. 11.101/05, nominada Lei de Falências e Recuperação de Empresas é única a prever a recuperação como mecanismo sistêmico e alternativo à liquidação do insolvente, entretanto, a crítica maior é a sua aplicação apenas aos empresários.

Existem outras normas que tratam da insolvência⁴ como as leis nº 6.024/74, nº 5.764/71 e nº 5.869/73, entretanto, nenhuma delas traz em seu bojo uma preocupação com a recuperação do agente malsucedido.

E, sendo assim, motiva-se a busca pelo conhecimento dos elementos concursais aptos que vise unir o direito, legítimo dos credores e a necessidade vital de se possibilitar a reestruturação do devedor viável.

O presente artigo tem como escopo instigar, questionar enfim realizar uma análise sobre o seguinte problema de pesquisa: Por que o processo recuperacional não pode ser estendido e aplicável a todos os agentes econômicos viáveis, independentemente de serem ou não empresários?

Tal problema se torna especial no atual momento de crise econômico-financeira que é vivenciado no Estado Brasileiro.

Tem-se como marco teórico a ideia da igualdade de tratamento entre os agentes econômicos insolventes em âmbito internacional. Tal pensamento se baseia em uma leitura constitucional e expansiva, além de necessariamente se realizar uma hermenêutica a partir da análise econômica do direito.

Para consecução dos resultados da presente pesquisa será utilizado o método hipotético-dedutivo definido por Karl Popper a partir de críticas à indução.

O trabalho está estruturado em nove capítulos, sendo que o primeiro capítulo dedicado a linhas introdutórias e o último a conclusão.

Já o segundo, tem como escopo expor o método utilizado a partir das propostas de Karl Popper.

No terceiro o que busca é demonstrar a diferença existente, no ordenamento jurídico brasileiro, entre empresários e não empresários.

Ainda dentro desse cenário, tem-se uma breve explicação sobre as formas “roupagens jurídicas”, que podem ser utilizadas para exercer atividades econômicas.

⁴ 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, 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.

O quinto capítulo se mostra muito importante, pois a partir da utilização da AED - análise econômica do direito, como forma de hermenêutica, demonstra-se que é necessário utilizar o processo recuperacional há todas as atividades econômicas, viáveis, como forma de atingir as metas constitucionais por meio de eficiência na geração e distribuição de riquezas e consequente maximização dos recursos escassos e erradicar a pobreza.

Seguindo ainda neste contexto, sexto capítulo demonstra como os motivos pelos quais se torna necessário a aplicação do procedimento de recuperação a todas as atividades, viáveis, inclusive as não empresárias.

Já o sétimo trás os motivos pelos quais se faz necessário a unificação do Direito Recuperacional, especialmente, em face da crise econômico-financeira instalada no ordenamento jurídico brasileiro.

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

O presente trabalho pretende contribuir com as discussões sobre como atingir de forma eficaz um processo recuperacional para os agentes econômicos, devedores viáveis, quer sejam ou não empresários, utilizando como base as formas de recuperação já existentes no direito comparado, preenchendo essa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro.

E, sendo assim, motiva-nos a busca pelo conhecimento dos elementos concursais aptos que vise unir o direito, legítimo dos credores e a necessidade vital de se possibilitar a reestruturação do devedor cuja atividade econômica seja viável.

AS HIPÓTESES A SEREM TRABALHADAS E O MÉTODO HIPOTÉTICO-DEDUTIVO DE KARL POPPER

O presente trabalho utilizará o método hipotético-dedutivo definido por Karl Popper a partir de críticas à indução, realizadas no seu trabalho “A lógica da investigação científica”, obra publicada pela primeira vez em 1935, mesmo sabendo que ele, também, era um indutivista.

A indução, conforme Popper, não se justifica, “pois o salto indutivo de ‘alguns’ para ‘todos’ exigiria que a observação de fatos isolados atingisse o infinito, o que nunca poderia ocorrer, por maior que fosse a quantidade de fatos observados.” (GIL, 2008, p. 12).

Verifica-se que Karl Popper foi o primeiro metodólogo a dar ênfase nas conjecturas e nas experiências por meio da teoria das refutações, o seu método é dialético, pautado em tese e refutação. Segundo Popper a indução não é capaz de produzir regra geral, contudo, ela produz refutação, a construção das regras gerais por indução vira dedução que é o racionalismo crítico (saber a partir das refutações). Popper pode ser sintetizado como um racionalista.

Popper é também um empirista radical que trabalha com uma lógica dedutivista a ciência evolui,

não para aprovar, mais apenas para criticar, para ele quanto mais uma teoria proíbe mais elas nos ensina sobre o mundo. Os termos vagos são pouco refutáveis, e não geram conhecimento, sendo certo que quanto maior o grau de precisão de uma assertiva mais conhecimento ela possui.

A metodologia para Karl Popper pode ser definida a partir de algumas crenças centrais, quais sejam: a) a verdade existe, está em algum lugar, há uma verdade, contudo, a capacidade reflexiva não consegue chegar à verdade; b) o máximo que o cientista pode fazer é testar hipóteses, sua missão é formular hipóteses que são provisórias que serão submetidas a testes e que será refutada ou confirmada; c) A percepção do conhecimento é provisória; d) se uma hipótese não puder ser refutada ela não é ciência; e) se uma hipótese existe ela é corroborada e devem ser realizados mais testes, ou seja, sempre tem que mudar sem aproveitar nada. Essa última ideia é criticada por Lakatos, ao afirmar que o errado, as anomalias fazem parte do processo científico, ou seja, é justamente o contrário: metodologia é um conjunto, uma sucessão de teorias que estão funcionando, sendo certo que os problemas vão existir e o trabalho somente pode ser abandonado quando se mostrar totalmente inútil.

Como já dito, o método hipotético-dedutivo foi proposto por Karl Popper e consiste na adoção da seguinte linha de raciocínio:

[...] quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno, surge o problema. Para tentar explicar as dificuldades expressas no problema, são formuladas conjecturas ou hipóteses. Das hipóteses formuladas, deduzem-se consequências que deverão ser testadas ou falseadas. Falsear significa tornar falsas as consequências deduzidas das hipóteses. Enquanto no método dedutivo se procura a todo custo confirmar a hipótese, no método hipotético-dedutivo, ao contrário, procuram-se evidências empíricas para derrubá-la. (GIL, 2008, p. 12).

Pode-se apresentar o método hipotético-dedutivo a partir do seguinte esquema (GIL, 2008, p. 12):

A pesquisa científica, com abordagem hipotético-dedutiva, inicia-se com a formulação de um problema e com sua descrição clara e precisa, a fim de facilitar a obtenção de um modelo simplificado e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos, relevantes ao problema, que auxiliarão o pesquisador em seu trabalho.

Após esse estudo preparatório, o pesquisador passa para a fase de observação. Na verdade, essa é a fase de teste do modelo simplificado. É uma fase meticulosa em que é observado determinado aspecto do universo, objeto da pesquisa. A fase seguinte é a formulação de hipóteses, ou descrições-tentativa, consistentes com o que foi observado. Essas hipóteses são utilizadas para fazer prognósticos, os quais serão comprovados ou não por meio de testes, experimentos ou observações mais detalhadas. Em função dos resultados desses testes, as hipóteses podem ser modificadas, dando início a um novo ciclo, até que não haja discrepâncias entre a teoria (ou o modelo) e os experimentos e/ou as observações.

De acordo com Popper, toda investigação tem origem num problema, cuja solução envolve conjecturas, hipóteses, teorias e eliminação de erros; por isso, Lakatos e Marconi (2007) afirmam que o método de Popper é o método de eliminação de erros.

O problema surge de lacunas ou conflito em função do quadro teórico existente. A solução proposta é uma conjectura (nova ideia e/ou nova teoria) deduzida a partir das proposições (hipóteses ou premissas) sujeitas a testes. Os testes de falseamento são tentativas de refutar as hipóteses pela observação e/ou experimentação.

Além das críticas inerentes ao método dedutivo, ao hipotético-dedutivo acrescenta-se aquela que questiona o fato de as hipóteses jamais serem consideradas verdadeiras; quando corroboradas, são apenas soluções provisórias.

O método hipotético-dedutivo desfruta de notável aceitação, em especial no campo das ciências naturais.

Nos círculos neopositivistas, chega mesmo a ser considerado como o único método rigorosamente lógico. Nas ciências sociais, no entanto, a utilização desse método mostra-se bastante crítica, pois nem sempre podem ser deduzidas consequências observadas das hipóteses. (GIL, 2008, p. 13).

Diante do exposto, verifica-se que no presente problema de pesquisa, pode-se utilizar o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, pois, inicialmente observa-se que existe um problema de pesquisa que reside justamente em uma lacuna no conhecimento científico brasileiro, qual seja: Ausência de um sistema de recuperação brasileiro para o devedor não empresário cuja atividade seja viável, o que leva a possibilidade do levantamento de algumas hipóteses.

Conforme o acima arrazoada, responde-se inicialmente o problema do presente trabalho no diálogo do dualismo e contornos que tracejam o interesse, legítimo dos credores em receber os seus créditos e o interesse dos devedores, cujo reestabelecimento seja viável, ainda quando estão simbiotes em um mesmo sistema macro econômico.

As normas, atuais, brasileiras se mostram anacrônica e inadequada para disciplinar à situação hodierna de crise econômica de todos os agentes que atual no mercado econômico, em especial no que se refere ao devedor não empresário.

Tanto assim é que, há muito, se propõe a sua reformulação mediante um sistema mais ágil com atenção à preservação dos devedores, cuja atividade seja viável economicamente.

Com exceção a Lei 11.101/05, que trata da recuperação dos devedores, empresários, viáveis, as demais normas mantêm os postulados do processualismo e do caráter liquidatário, sem se preocupar com os demais fatores que estão atrelados a esta simbiose existente entre credor e devedor. Percebe-se que muitos dos sistemas atuais não passam de extremo meio de cobrança.

Com o surgimento de uma nova perspectiva sobre a importância da atividade econômica e importância do devedor, recuperável, para toda a coletividade. As novas tendências conceituais se impõem para que ao instituto concursal brasileiro seja aplicado de forma genérica e não apenas para uma parcela da atividade, em outras palavras que não seja aplicado apenas aos empresários. É necessário buscar novos procedimentos para aqueles agentes econômicos que devem, contudo, ainda se mostram com atividades viáveis, mesmo que em estado de crise econômica possam se

reerguer. (COMPARATO, 1999, p. 57).

Para tanto, é fundamental entender por atividades não empresariais viáveis serem importantes economicamente se faz necessário que elas possuam o direito de se recuperar, contudo a ausência de legislação se mostra um entrave, pois a ela lhe resta apenas o procedimento de liquidação, em caso de insucesso na atividade.

BREVES CONSIDERAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE EMPRESÁRIO E NÃO EMPRESÁRIOS

Antes de se adentrar ao tema problema é crucial definir os empresários e não empresários nos termos do ordenamento jurídico brasileiro e ao final questionar por qual motivo existe tal distinção.

Com o advento do Código Civil de 2002 o legislador pátrio, seguindo a legislação civil e a doutrina Italiana, tardiamente, adotou a “teoria da empresa”, preferindo conceituar o empresário a definir o conceito de empresa, não aplicando, mais, a arcaica teoria francesa, positivista, denominada “teoria dos atos de comércio”, que definia os comerciantes com sendo aqueles que praticam atos de comércio, taxativos em lei, e deles fazem sua profissão habitual.

Das magníficas lições de João Eunápio Borges (1976, 103), na década de 70, já se verifica que o antigo e ultrapassado conceito de comerciante aliado às dificuldades de precisar o que são atos de comércio não satisfaziam os anseios dos operadores do direito.

Salientam-se, que a que os denominados dos “atos de comércio” eram totalmente teóricos, positivados e pautados em uma teoria objetivista, o que dificultava conceituar e precisar quem era o comerciante.

Fram Martins (2002, p.55-56), também, já defendia aplicação da teoria da empresa pelo fato da arcaica teoria dos atos de comércio há muito não atenderem a realidade empresarial.

Tais motivos levaram o legislador o código Civil de 2002 a adotar em seu artigo 966 preferiu teoria italiana, teoria da empresa, subjetivista.

Destaca-se que o Código Civil Brasileiro seguindo a orientação do código italiano não conceituou empresa. Tampouco, utilizou-se do conceito, equivocado, de empresa definido por Alberto Asquini (1943, p.1-20) como um fenômeno jurídico poliédrico, que possui vários perfis (subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo) em relação aos diversos elementos que a compõem. Ao revés, introduz elementos capazes de identificar quem realiza a atividade de empresa, portanto, pode ser considerado empresário.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2005, p.63-118) elenca como elementos qualificativos e distintivos do empresário: “a) o exercício de uma atividade; b) a natureza econômica da atividade; c) a organização da atividade; d) a profissionalidade do exercício da atividade; e) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços.” O citado autor, também, invoca as lições de Túlio Ascarelli e destaca que o elemento profissionalidade se encontra presente tanto na pessoa física quanto na

pessoa jurídica. Sendo certo que naquela a profissionalidade deve implicar de forma necessária na habitualidade e no intento de distribuição do lucro. Quanto à pessoa jurídica, deve ser observado o seu escopo, o fim em vista, o exercício de da atividade de empresa, ou seja, atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços com o objetivo de obtenção e distribuição de lucro.

Importante, frisar, que para se atribuir a qualificação de empresário ao exercente de atividade de empresa é fundamental o preenchimento dos elementos elencados. Contudo, não são suficientes, pois, há a necessidade de afastar os exercentes de certas profissões, notadamente as intelectuais, na forma do parágrafo único ao art. 966(SZTJAN, 2004, p. 112).

Esclarece-se por oportuno que o legislador autoriza mesmo os exercentes de atividade intelectual que eles possam ser considerados com empresários, desde que possua em sua atividade o chamado elemento de empresa, que é completamente subjetivo, típico dos ornamentos fascistas ou ditatoriais, mostrando-se nitidamente que o ordenamento jurídico brasileiro equivocou-se a copiar o Código Fascista Italiano.

Portanto, para caracterização do empresário não pode deixar de ser observado o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, ou seja, o “elemento de empresa”.

Fábio Konder Comparato (1999, p. 31) destaca que a empresa é atividade exercida pelo empresário, individual ou coletivo, ou seja, empresa é fruto da organização dinâmica pelo empresário dos fatores de produção (natureza, capital, trabalho e tecnologia) para o desempenho de uma atividade econômica.

Empresa deve ser entendida juridicamente como “atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços”, cujo titular é o empresário.

Do exposto, chega-se a conclusão que empresa é atividade econômica realizada pelo empresário individual ou coletivo, não podendo os dois institutos ser confundidos, pois, o empresário é que exercer a atividade de empresa.

Contudo, a crítica que de faz reside justamente na definição de empresário, ou melhor, por qual motivo qualquer atividade intelectual não pode ser considerada empresária. E ainda, o porquê da existência do elemento de empresa que de forma subjetiva autoriza uma atividade intelectual ser considerada empresária.

Ressalta-se que a dicotomia instalada no ordenamento jurídico brasileiro traz malefícios a atividade econômicas, viáveis, não empresárias, pois, a elas em caso de insucesso o caminho a ser trilhado é apenas o da liquidação com consequente tentativa de pagamento aos credores, o que causa prejuízo para toda a sociedade, pois os credores, fatalmente, não serão satisfeitos e a localidade em que o agente econômico estava inserido perde fonte de riquezas.

A “ROUPAGEM JURÍDICA” QUE A ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESÁRIA OU NÃO EMPRESÁRIA PODE UTILIZAR

Escolher a roupagem jurídica por meio da qual se exercerá a atividade será exercida se mostra é uma das primeiras decisões a serem tomadas pelos empreendedores que pretendem explorar atividade econômica proveniente da organização dinâmica conjugada aos fatores de produção (natureza, capital, trabalho e tecnologia).

Tal escolha passa por uma primeira fase, que consiste em decidir se o exercício da atividade será desenvolvido individualmente, por meio de uma pessoa jurídica, ou por meio de uma sociedade que pode ou não ser empresária.

Fato é que diversos fatores são levados em conta antes de se iniciar a atividade econômica, tais como alocação de riscos, financiamentos para atividades e projetos - *project finance*, integralização do capital, dentre outros. A análise dos fatores depende, inclusive, do porte do empreendimento. (ENEI, 2007, p. 17)

Contudo, os dados demonstram que a preferência dos brasileiros consiste na exploração da atividade econômica de forma individual quer seja como empresário individual, EIRELI, ou profissionais autônomos, tanto que os empresários individuais figuram no maior número de registros perante as Juntas Comerciais, muito pela facilidade e informalidade do registro, em especial após a implantação do MEI – microempreendedor individual. (FERNANDES, 2007, p. 40)

Salienta-se que a “roupagem jurídica” escolhida para o exercício da atividade está intimamente ligada a responsabilidade pessoal dos empreendedores, explica-se, dentre os vários tipos e possibilidades do exercício das atividades econômicas se verifica que em várias situações a “roupagem jurídica” pode ser tanto utilizada para exercer atividade empresária ou não. Pois, frisa-se o que determina como sendo empresária ou não é atividade exercida pelo agente econômico e não a forma “roupagem jurídica” utilizada para o desempenho.

Determinado empreendedor pode desenvolver uma atividade econômica típica empresária em nome próprio sem criação de pessoa jurídica, sendo um empresário individual, possuindo responsabilidade ilimitada, ou seja, respondendo com todos os seus bens pessoais, ou se preferir constituir uma pessoa jurídica, sendo ele o único titular do capital por meio uma EIRELI, que após sua regular constituição existirá uma separação patrimonial entre o instituidor e a pessoa jurídica criada, ou ainda, pode se associar com outro empreendedor e constituir um dos tipos de sociedades aplicáveis à atividade de empresa, que dependendo da roupagem jurídica existirá a responsabilidade pessoal ou não dos empreendedores.

Isso significa que empreendedores antes de exercer atividade pessoalmente, ou por meio de uma pessoa jurídica escolhem a forma ou a “roupagem jurídica”.

Esclarece-se por oportuno que determinadas “roupagens jurídicas” são exclusivas dos empresários tais como:

- a) Empresário Individual: pessoa natural que exerce atividade de empresa, respondendo com todos os bens pessoais.

-
- b) Sociedades que possuem o capital dividido por ações: por excelência as Sociedades Anônimas e as Sociedades em Comandita por Ações. Nas sociedades em comandita por ações, somente o sócio gerente ou diretor, que necessariamente deve ser pessoa física, é que possui responsabilidade ilimitada. Já na sociedade anônima, todos os sócios possuem responsabilidade limitada às ações subscritas e pagas.

Outras são exclusivas de atividades não empresárias:

- a) Profissionais liberais: médicos, dentistas, engenheiros e demais no exercício da atividade individualmente.
- b) Sociedade Simples: sociedade constituída da comunhão de interesses de dois ou mais empreendedores, cujo objeto social, por força de lei somente pode ter natureza não empresarial.
- c) Sociedades Cooperativas: sociedade que nasce da ideia de ajuda mútua entre os seus sócios sem possuir fins lucrativos.

Entretanto, existem roupagens jurídicas que podem ser utilizadas por atividades empresárias ou não.

- a) EIRELI: pessoa jurídica criada por um empreendedor possibilitando a distinção patrimonial entre a pessoa natural e a pessoa jurídica.
- b) Sociedade Limitada: sociedade de responsabilidade limitada apresenta-se como a preferência nacional, antes e depois do advento do *Codex*, pelo fato de limitar a responsabilidade dos empreendedores, após regular constituição, ao capital social subscrito e integralizado.
- c) Sociedade em Nome Coletivo: na sociedade em nome coletivo todos os sócios, necessariamente pessoas físicas, respondem de forma subsidiária, solidária e ilimitadamente.
- d) Sociedade em Comandita Simples: na sociedade em comandita simples, somente o sócio comanditado, obrigatoriamente pessoa física, responde de forma subsidiária com todo o seu patrimônio, vez que o sócio comanditário possui responsabilidade limitada.

Salienta-se que a responsabilidade de quem exerce atividade pessoa natural ou jurídica é sempre ilimitada.

Da análise das várias formas de se exercer atividades econômicas, empresárias ou não é que se retira uma das mais intrigantes indagações. Como pessoas naturais, jurídicas ou sociedades que exercem atividades viáveis economicamente em momentos de dificuldades econômico-financeira podem ter tratamento tão diferenciado em caso de insucesso da atividade, pelo simples fato de serem consideradas empresárias ou não.

A indagação se insurge pelo fato de que se define alguém como empresário ou não é atividade exercida como já dito no capítulo anterior, ou seja, se exercer atividade de empresa é empresário e

tem direito ao procedimento de recuperação definido em lei, lado outro se exercer atividade intelectual somente sobra ao agente econômico o procedimento de liquidação, por meio da insolvência civil.

Mas como visto existem atividades empresariais ou não que podem se utilizar da mesma “roupagem jurídica”, sendo que indiscutivelmente os tipos mais comuns, EIRELI e Sociedade Limitada podem ser utilizados por quaisquer empreendedores independentemente de se é ou não empresária. Claro que a forma de exercer a atividade está intimamente ligada à responsabilidade pessoal dos empreendedores, mas o que há de se destacar é que a atividade é tão importante economicamente que existe até a preocupação de se realizar uma distinção patrimonial entre bens dos empreendedores e da pessoa jurídica criada e mais nestes dois exemplos existe a preocupação de limitar as perdas dos empreendedores ao valor do capital integralizado.

Por todos estes aspectos torna-se indiscutível do que importa é atividade econômica, viável econômica e financeiramente, desempenhada e não sua classificação como empresária para ter acesso ao modelo de recuperação.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO NORTE PARA RECUPERAÇÃO DE TODAS AS ATIVIDADES ECONÔMICAS VIÁVEIS

Inicialmente deve se destacar como observa Pimenta (2006, p.25) que os fundamentos para Análise Econômica do Direito se encontram na Constituição da República Brasileira de 1988 no seu artigo 3º que elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

Como bem sustenta Pimenta (2006, p.25) é impossível atingir tais objetivos sem se preocupar com a eficiência na geração e distribuição de riquezas, sendo certo que somente com maximização dos recursos escassos é que se conseguira erradicar a pobreza. Dessa forma, a aplicação do direito de forma eficiente economicamente (maximização da riqueza) passa a ser preceito fundamental contido na Constituição de 1988, não podendo o Estado e os aplicadores do direito quedar-se inertes a este comando constitucional.

Tal cenário se deve muito pela concentração capitalista como observa Cesar Fiúza:

(...) o liberalismo e o individualismo resultaram do capitalismo mercantilista. Com a Revolução Industrial, que começa na Inglaterra, já no século XVIII, a sociedade se transforma. Dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração capitalista, esta consequência da concorrência, da racionalização etc.

Esses dois fenômenos resultaram na massificação das cidades, das fábricas produção em série), das comunicações; das relações de trabalho e de consumo; da própria responsabilidade civil (do grupo pelo ato de um indivíduo); etc.

A massificação dos contratos é, portanto, consequência da concentração industrial e comercial, que reduziu o número de empresas, aumentando-as em tamanho. Apesar disso, a massificação das comunicações e a crescente globalização acirraram a concorrência e o consumo, o que obrigou as empresas a racionalizar para reduzir custos e acelerar os negócios: daí as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão.

Deve se advertir que aplicação da análise econômica do direito deve se pautar pelos pilares do Estado Democrático de Direito, como necessariamente inclusivo, afastando-se dessa forma a visão utilitarista do presente instituto, ou as tutelas de supremacia injustificada, de preferências arbitrárias.

Tendo em vista que a maximização das riquezas, que são escassas, é um preceito fundamental contido na Constituição da República e que tal meta só pode ser alcançada com aplicação do direito de forma eficiente é imperioso destacar que simplesmente liquidar uma atividade econômica viável por não preencher os requisitos estabelecidos por um critério anacrônico de dualidade de atividades empresárias e não empresárias, ou por simples ausência de previsão legal de recuperação de tais atividades se transmuta em uma situação insustentável e inadmissível.

É notório que a liquidação da atividade economicamente viável se mostra no pior caminho a ser seguido, e mais é contrário ao preceito fundamental de maximização das riquezas com o escopo de diminuir as desigualdades sociais. Ademais, é tornar impossível a possibilidade de soerguimento da atividade fadando-a e todos do que dela dependem a extinção.

O que se percebe é que a simples liquidação da atividade viável se transmuta na total ineficiência do ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se que eficiência deve ser entendida como um fundamento constitucional que deve nortear a aplicação do ordenamento jurídico. Esclarece que eficiência não é sinônimo de justiça e sim tomar a decisão de forma racional, pautando-se pela economia para se alcançar o melhor resultado.

Ademais, adverte César Fiúza:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Ao se autorizar o procedimento de recuperação a atividades econômicas viáveis, independente de serem ou não empresárias o que se busca é, justamente, aplicar a melhor alternativa.

O que se busca é um ideal de justiça no sentido de que os custos da crise instalada serão repartidos, sendo certo que nesse processo existiram perdedores não apenas ganhadores, trata-se de uma eficiência compensatória, pois certamente existirão perdedores, contudo, ainda se mostra uma melhor solução do que simplesmente liquidar a atividade o que leva a um maior número de perdedores.

É nítido que ao se autorizar o procedimento recuperacional a todas as atividades viáveis o que se busca é atingir valores meta-jurídicos principalmente pautados na função social da atividade exercida. O que não se pode autorizar é que sob tais valores toda e qualquer atividade seja passível de

recuperação, é crucial destacar que somente as atividades que são viáveis possuem esse condão.

Quando não há solução adequada para a crise de determinada atividade, é porque ela não é viável. Se os credores ou empreendedores não vislumbram possibilidade de soerguimento da atividade, então o encerramento da atividade, com a realocação dos recursos nela existentes, é o que mais atende à economia. (COELHO, 2005, p.115-116)

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização da administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos - materiais, financeiros e humanos - empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores. (COELHO, 2005, p.117)

A decisão da viabilidade ou não inegavelmente deve pertencer aos credores, não pode o judiciário por meio do seu ativismo judicial ocupar-se de tal mister. Além do mais deve ser sempre uma decisão econômica.

A recuperação é um instituo de direito econômico que tem como objetivo central alocar recursos de forma eficiente para o bem social.

A recuperação judicial é vista como um instituto de direito econômico na medida em que não se orienta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica, devido à natureza especial da tutela jurídica, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais (...) sem dúvida alguma, por ser uma técnica, um instrumento, é um meio de o Estado privilegiar, “principalmente”, “o interesse comum econômico, de produtividade da economia, e da sua economicidade”, pondo em segundo plano, no dizer de Radbruch, a “justa equiparação entre as pessoas diretamente interessadas” em determinadas relações sociais. (ABRÃO; TOLEDO, 2005, 104-105)

Pode acontecer a necessidade de o Estado intervir por meio do judiciário para facilitar a possibilidade da recuperação de atividades viáveis. Afinal, lembre-se sempre que em torno da atividade gravitam vários interesses pondo destacar os empregados, credores, consumidores, fisco e até mesmo a comunidade em que se insere, entre outros.

O papel do judiciário, em se tratando de recuperação de atividades viáveis, deve ser secundário servindo apenas como o meio facilitador/mediador entre os conflitos de interesses. Ademais o judiciário não possui capacidade superior aos credores para tomada de decisão sobre a viabilidade ou não da atividade em crise econômico-financeira. Portanto, deve agir no sentido de estancar as falhas do mercado a fim de proporcionar aos credores maiores informações para tomada de decisão.

Salienta-se que a ideia não é transformar o juiz em um simples ratificador de acordos ele deve agir em todas as situações em que se verificar a sobreposição de interesses particulares sob os da atividade em crise e toda vez que não existir a melhor alocação dos fatores de produção da atividade em crise.

Um processo de recuperação eficiente deve pautar-se por:

-
- a) Diminuir os custos de transação entre credores e devedores, facilitando a negociabilidade.
 - b) Maximizar as riquezas proporcionando a possibilidade de recuperação.
 - c) Impedir a atuação dos oportunistas quer sejam credores ou devedores.
 - d) Atuar de forma preventiva com o escopo de minimizar as perdas.

Nesse aspecto é que se torna fundamental aplicar a Análise Econômica do Direito para se admitir a possibilidade de recuperação judicial de atividades não empresárias.

A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA RECUPERAÇÃO A ATIVIDADES VIÁVEIS NÃO EMPRESARIAIS

Torna-se fundamental o acesso dos não empresários ao sistema da recuperação, que se apresenta como uma possibilidade de manutenção de atividades relevantes para a economia nacional.

O problema da recuperação do não empresário é pouco explorado no âmbito acadêmico nacional.

Susana Corotto, 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”. (COROTTO, 2009, p. 239)

O problema proposto chegou ao Judiciário, que não foi, contudo, demasiadamente provocado ao ponto firmar um entendimento jurisprudencial. Trata-se de um 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 suspensivo. Atualmente o processo encontra-se tramitando sem uma decisão definitiva. Número CNJ: 0507920-12.2010.8.21.7000.

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

Há, contudo, abalizada doutrina que se contrapõe ao sistema unionista, dentre os quais se podem citar Gladston Mamede. Este autor sustenta que o tratamento diferenciado “não é, de forma al-

guma, 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 ideia é abraçada 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”. (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 exposto, o entendimento acima não é isolado, possuindo outros adeptos na doutrina, mostrando-se importante por ser pouco explorado no universo acadêmico.

OS MOTIVOS PARA UNIFICAÇÃO DO DIREITO RECUPERACIONAL

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. (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. Nesse país, modernas teorias foram adotadas para soerguer os agentes econômicos durante a crise financeira desencadeada em 2007, como a *too big to fail theory*⁵.

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 preveem 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)

⁵ 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.

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. 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 (CE) N° 1346/2000.

Os recentes casos de insolvência e de crise econômica experimentada 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 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)

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, que são de grande importância para a economia, 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 pelos artigos. 1º e 2º da Lei n. 11.101/05.

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 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)

Nesse sentido, uma análise constitucionalizada torna-se indispensável, posto que os 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: qual a viabilidade dogmático-jurídica da criação de um Direito Recuperacional Brasileiro, único, para permitir o acesso ao procedimento de recuperação por aqueles que dele são atualmente excluídos?

DA NECESSÁRIA UNIFICAÇÃO DO DIREITO RECUPERACIONAL

Responde-se inicialmente o problema do presente trabalho no diálogo do dualismo e contornos

que tracejam o interesse, legítimo dos credores em receber os seus créditos e o interesse dos devedores, cujo reestabelecimento seja viável, ainda quando estão simbiotes em um mesmo sistema macro econômico.

As normas, atuais, brasileiras se mostram anacrônica e inadequada para disciplinar à situação hodierna de crise econômica de todos os agentes que atual no mercado econômico.

Tanto assim é que, há muito, se propõe a sua reformulação mediante um sistema mais ágil com atenção à preservação dos devedores economicamente viáveis.

Como já mencionado, a Lei 11.101/05, pela sua própria característica temporal, é uma legislação que prevê a recuperação dos devedores viáveis, contudo as demais normas mantêm os postulados do processualismo e do caráter liquidatário, sem se preocupar com os demais fatores que estão atrelados a esta simbiose existente entre credor e devedor. Percebe-se que muitos dos sistemas atuais não passam de extremo meio de cobrança.

Com o surgimento de uma nova perspectiva sobre a importância da atividade econômica e importância do devedor, recuperável, para toda a coletividade. As novas tendências conceituais se impõem para que ao instituto concursal brasileiro seja aplicado de forma genérica e não apenas para uma parcela da atividade, em outras palavras que não seja aplicado apenas aos empresários. É necessário buscar novos procedimentos para as hipóteses para aqueles devedores, ainda que em estado de crise econômica, mas viáveis operacional e economicamente, possam se reerguer. (COMPARATO, 1999, p. 57)

Nesse sentido, a experiência do direito norte-americano com a “corporate reorganization” e a exemplar reforma do direito francês iniciada em 1967, com a Lei n. 67.563 e a Ordenance n. 67.820, mostram-nos que a alteração do “status quo”, hoje vigente, não só é possível, mas premente, de forma a propiciar a devida solução jurídica da insolvabilidade dos devedores em face do princípio do interesse social. (COMPARATO, 1999, p. 65)

Ocorre que a atual fase da pós-modernidade não mais permite que um ordenamento jurídico não preveja de forma clara uma possibilidade de recuperação de todos os devedores, recuperáveis, em face da sua importância regional ou internacional, quando, bem da verdade, a eficiência é boa prática concursal é aquela que atende a ambos os lados.

Aliás, a postura enrijecedora da modernidade, com modelos de conduta estandardizados, ou mesmo dos dogmas culminou no que o filósofo Zygmund Bauman intitulou de “posturas de jardinagem”:

Chamei essa atitude moderna de “posturas de jardinagem”: munidos de uma imagem da perfeita harmonia, os jardineiros arrancam certas plantas, chamando-as de ervas daninhas. Elas são como hóspedes não convidados e nada bem vindos, destruidores da harmonia, mancha nas paisagens. A implantação de um projeto, a construção da ordem concebida, exige que as ervas daninhas sejam arrancadas e exterminadas com agrotóxicos, para que as plantinhas úteis e/ou esteticamente prazerosas prosperem e floresçam, cada qual em seu próprio vaso ou canteiro. Ao se fazer um jardim, a destruição das ervas daninhas é um ato de criação. É arrancar pela raiz, envenenar ou queimar essas ervas que transforma o caso selvagem em ordem e harmonia. (BAUMAN, 2010, p.134)

Não se pode discorrer sobre o interesse conflitante dos devedores, viáveis, como “posturas de jardinagem” ou mesmo sedimentar em práticas ineficientes o alcance ou busca pelo interesse dos credores.

É que atacar o devedor, recuperável, com o predicado dogmático do interesse, único do credor, somente como forma de extinção da atividade, frisa-se, viável (mesmo que seja direito legítimo do credor) vem, justamente, contrapor o diálogo e mutuo respeito de ambas às posições.

Segue então tracejada a hipótese para o presente tema, sendo necessário e relevante elucidar sobre as funções e os direitos de todos os devedores, cuja recuperação seja viável, poder se soerguer (ou não), e de guiar os seus interesses independentemente da atividade exercida.

Certamente que a hipótese assentada em premissas dos direitos dos credores elegerá o devedor como uma “erva daninha”, sendo que ao repelir ou “exterminá-lo” estar-se-á, em curto prazo satisfazendo a vontade do credor.

Os atuais casos de insolvência em face das crises econômicas experimentados por diversos agentes da economia regional e global evidenciam a necessidade de se repensar a unificação dos procedimentos relativos à insolvência de devedores viáveis, além da unificação do tratamento conferido aos empresários e aos não empresários.

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

Dessa forma, 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.

Para o Estado Democrático de Direito os princípios devem ser autoaplicáveis em grau máximo, de maneira que não se revele a preferência do aplicador, de maneira a preterir um interesse em detrimento de outro.

Marcelo Galuppo ensina que:

Se tivermos em mente a exigência da Integridade do direito [...] os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente a uma situação específica, nem hierarquizados em qualquer circunstância, e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer em concorrência uns com os outros no caso concreto, se desejamos respeitar a Integridade do direito, às vezes não podem ser contemporaneamente aplicados. Portanto, antes que uma questão de avaliação (valores), a questão é hermenêutica, acerca do que é relevante para atingir uma decisão justa no caso concreto. (GALUPPO, 2002, p.189).

É imperioso ressaltar que a o que se propõe é uma mudança radical do atual paradigma, sendo

certo que tal posicionamento deixará de contender a respeitabilidade da doutrina conservadora.

Contudo, a instituição de um moderno direito concursal, afinado com as exigências de cidadania e democracia, faz parte do que se espera de um no Estado Democrático de Direito.

Ademais, é princípio de sabedoria e de dignidade para o futuro, trata-se de um desafio de que do qual o legislador pátrio deve enfrentar.

CONCLUSÃO

O que motivou o presente estudo proposto foi a importância do tema, que 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.

O tema é específico, e a abordagem se fundou na análise atual e crítica do sistema concursal, especialmente, na hermenêutica a partir da análise econômica do direito, além de focar nos princípios constitucionais que regem a matéria.

O tratamento igualitário se funda na necessidade de se atender ao princípio constitucional da isonomia, posto que a insolvência atinge tanto empresários quanto não empresários 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.

Buscou-se, também, uma análise do Estado Democrático de Direito e as características que regem os novos paradigmas do direito privado para o desate da questão.

Certamente que o Estado Democrático de Direito, como necessariamente inclusivo, afasta-se da visão utilitarista do direito, ou mesmo se opõe a tutelas de supremacia injustificada, de preferências arbitrárias.

É assim a reconstrução que se busca neste diálogo entre credores e devedores, recuperáveis, viáveis, como existentes em caráter simultâneo e harmônico, ultrapassando-se a visão enrijecida da modernidade.

Certamente que as finalidades que regem os mecanismos de recuperação disponíveis a todos os agentes econômicos, surgem à hipótese para solucionar a problemática de justificar a criação de um novo ramo do Direito, o Direito Recuperacional. Ou seja, a concepção do crédito como direito fundamental em um sistema capitalista é substrato teórico para a criação do Direito Recuperacional para o equilíbrio da ordem econômica e para a tutela da dignidade da pessoa.

A unificação do Direito Recuperacional se mostra possível como a utilização da hermenêutica a partir da análise econômica do direito.

A partir da análise econômica do direito se autoriza o Estado intervir, por meio do judiciário, para facilitar a possibilidade da recuperação de atividades viáveis independentemente de serem empresárias ou não. Pois, frisa-se que em torno de tais atividades existem múltiplos interesses, destacando-se os empregados, os credores, os consumidores, o fisco entre outros.

Esclarece-se que a decisão sobre a viabilidade ou não da atividade pertence aos credores, que são os mais aptos a decidir sobre a possibilidade de recuperar ou não. Neste aspecto o papel do judiciário, em se tratando de recuperação de atividades viáveis, deve ser secundário servindo apenas como o meio facilitador/mediador entre os conflitos de interesses.

Adverte-se que o judiciário tem papel importante, devendo agir em todas as situações em que se verificar a sobreposição de interesses particulares sob os da atividade em crise e toda vez que não existir a melhor alocação dos fatores de produção da atividade em crise.

Ante todo o exposto, conclui-se que é necessária a unificação do direito recuperacional por meio dos seguintes objetivos:

- a) Aplicar do instituto a todos agentes economicamente viáveis, que seja empresário ou não.
- b) Utilizar a hermenêutica jurídica a partir da análise econômica do direito.
- c) Entender que a decisão sobre a viabilidade da atividade compete aos credores.
- d) Compreender o papel, importantíssimo do judiciário, mas que deve ser secundário.
- e) Diminuir os custos de transação entre credores e devedores, facilitando a negociabilidade.
- f) Maximizar as riquezas proporcionando a possibilidade de recuperação.
- g) Impedir a atuação dos oportunistas quer sejam credores ou devedores.
- h) Atuar de forma preventiva com o escopo de minimizar as perdas.

Nesse aspecto é que se torna fundamental aplicar a análise econômica do direito para se admitir a possibilidade de recuperação judicial de atividades não empresárias.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, Paulo F. C. Salles. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva; 2005.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2012.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. In: **Rivista di diritto commerciale**. Vol. XLI – Parte I, 1943, p. 01-20.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a Crédito**. Traduzido por Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 258p.

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

BERLE, Adolf & MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. New York, Harcourt: Brace & World, 1968.

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

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 15 dez. 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 27 out. 2015.

BRASIL. 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?PHPSESID=e358ed3594d5dae416d45c0242075e8c&nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&-versao=&versao_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: 27 out. 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresa : (Lei n. 11.101, de 09-2-2005)**. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 4ª ed.1999. 577 p.

_____, Fábio Konder. **Direito empresarial, estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 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.

DAGNINO, Evelina. Confluência Perversa, Deslocamento de Sentido, Crise Discursiva. In: GRIMSON, Alejandro (Org.). **La cultura en las crisis latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, 2004. p. 195-216.

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

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIÚZA, César. **Crise e interpretação no Direito Civil**. Disponível em; <<http://cesarfiuza.blogspot.com.br/p/crise-e-interpretacao-no-direito-civil.html>> acesso em 31 de jan. de 2017.

_____, César. **Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional**. Disponível em; <<http://cesarfiuza.blogspot.com.br/p/contribuicao-para-uma-nova-hermeneutica.html>> acesso em 31 de jan. de 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIL, Antônio. Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

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

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**. São Paulo, ano 4, n.16, p.27-42. out. – dez/2006.

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.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da ordem econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. São Paulo: Elsevier, 2010.

_____, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thonson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. LANA, Henrique Avelino. Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, nº 57, p. 85-138, jul/dez. 2010

POMPEU, Renata Guimarães. **Considerações sobre o Princípio da Função Social do Contrato à Luz da Análise Econômica do Direito**. Brasília: Universa, 2010.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

_____, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

_____, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1975.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

SZTJAN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresaria e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

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.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.