

LUIZ FERNANDO VALENTE DE PAIVA (coordenação)

DIREITO FALIMENTAR E A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005

Editora Quartier Latin do Brasil
Rua Santo Amaro, 349 - CEP 01315-001
Vendas: Fone (11) 3101-5780
Email: vendas@quartierlatin.art.br
Site: www.quartierlatin.art.br

Marcos de Barros Lisboa
Otávio Ribeiro Damaso
Bruno Carazza dos Santos
Ana Carla Abrão Costa
Haroldo Malheiros D. Verçosa
Julio Kahan Mandel
Giuliano Colombo
Patrícia Barbi Costa
Ecio Perin Junior
Jairo Saddi
Sidnei Agostinho Beneti
Alberto Camiña Moreira
Manoel Alonso
Marcus Elidius M. de Almeida
Aloísio Araújo

Eduardo Lundberg
João Teixeira Grande
Diva Carvalho de Aquino
Paulo Penalva Santos
Glaucio Alves Martins
Ricardo José Negrão Nogueira
Adalberto Simão Filho
Luiz Fernando Valente de Paiva
Antônio Sérgio Pitombo
Roberto Podval
Paula Kahan Mandel Hakim
Luiz Augusto de S. Queiroz Ferraz
Beat Walter Rechsteiner
Alexandre Motonaga
Luiz Roberto Peroba Barbosa

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, tonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2005
www.quartierlatin.art.br

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO FALIMENTAR
BIBLIOTECA 23

Editora Quartier Latin do Brasil

Rua Santo Amaro, 349 - Centro - São Paulo

Editor: Vinicius Vieira

Formado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-SP

Editora de Texto: Priscila Tanaca

Mestranda em Direito na PUC-SP

Produção Editorial: Mônica A. Guedes

Formada em Letras pela FFLCH-USP

Arte: Wildiney Di Masi

Designer Gráfico pela Fac. Oswaldo Cruz

Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas - São Paulo : Quartier Latin, 2005.

1. Empresarial 2. Direito

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito Empresarial

Contato: editora@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO, por Celso Cintra Mori 27

INTRODUÇÃO

A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Marcos de Barros Lisboa

Otávio Ribeiro Damaso

Bruno Carazza dos Santos

Ana Carla Abrão Costa

1. Introdução	31
2. Sistema Legal de Insolvência e Economia	33
3. A Experiência Internacional	37
4. A Nova Lei de Falências Brasileira.....	41
4.1. A Recuperação de Empresas	43
4.2. A Falência	53
5. Considerações Finais	59
6. Referências	59

CAPÍTULO 1

DAS PESSOAS SUJEITAS E NÃO SUJEITAS AOS REGIMES DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E AO DA FALÊNCIA

INTRODUÇÃO. A NOVA LEGISLAÇÃO. SEU CAMPO DE APLICAÇÃO

Depois de uma longa espera, finalmente foi promulgada a Lei 11.101, em 9 de fevereiro deste ano, voltada para as questões da recuperação das empresas em crise e da sua falência.

Ao operador do direito, após haver feito a análise do texto tão ansiosamente aguardado, restou um sabor de anti-clímax, pois a nova lei frustrou muitas expectativas, mesmo considerando nela haver pontos extremamente favoráveis.

O longo trâmite do diploma legal em questão deveria ter sido mais do que suficiente para a elaboração de um texto sistematicamente bem organizado e redigido de acordo com as melhores regras de técnica legislativa, que deveria dele fazer um exemplo da modernidade e da coerência do legislador pátrio. Ledo engano. Além das considerações críticas vertentes, não é preciso ser profeta para ter certeza que nos demais diversos capítulos deste trabalho também será mostrada pelos seus autores uma grande quantidade de falhas inadmissíveis, as quais serão responsáveis por profunda confusão interpretativa e pelo estabelecimento de sérias divergências entre os

doutrinadores e na futura jurisprudência. Ou então este autor está profundamente enganado. Espero que sim, para o bem de todos os destinatários do novo regramento legal. Em todo o caso, vejamos...

Em dispositivos esparsos, o legislador estabeleceu as pessoas às quais a nova lei será aplicada e aquelas que não poderão recorrer aos seus benefícios, mas, ao mesmo tempo, não estarão sujeitas aos seus rigores.

Desta forma, primordialmente e de maneira geral, a lei se aplica ao empresário e à sociedade empresária (art. 1º). No entanto, caso a atividade empresarial seja exercida sob a forma de empresa de pequeno porte ou de microempresa, normas especiais a elas foram destinadas, ficando estabelecido um regime diferenciado (artigos 70 a 72).

De outro lado, de forma um tanto tortuosa, as empresas aéreas foram declaradas sujeitas ao novo sistema legal, para tanto havendo o legislador em um primeiro momento se utilizado de uma negação para depois criar uma exceção à própria negação. A par disto foi estabelecida uma exceção da exceção quando foi afastado dos efeitos da recuperação judicial e da falência o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes (artigos 198 e 199).

“Decifra-me ou te devoro”, parece ter sido o mote do novel legislador.

Adotando, em seguida, um critério negativo direto, o legislador afastou diversas entidades da aplicação da lei sob exame, a partir de juízos de valor não explicitados, fundados no interesse público e na existência de leis especiais voltadas para situações especiais. Desta forma, não têm direito à recuperação judicial e nem estão sujeitas à falência (institutos regulados na Lei 11.101/2005), as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as instituições financeiras (públicas ou privadas), as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, as sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização e outras entidades a estas legalmente equiparadas (art. 2º).

Vejamos, ainda, a questão da recepção legal dos institutos relacionados à lei de recuperação e de falência de empresas. Com a promulgação do Novo Código Civil o conceito de comerciante implícito no art. 4º do Código Comercial Brasileiro de 1850 (o qual se reportava à *mercancia*) foi substituído pela noção de empresário, mais abrangente (NCC, art. 966). A sociedade comercial cedeu seu lugar para a sociedade empresária (NCC, art. 982). Estes conceitos, por sua vez, foram imediatamente recepcionados pela então vigente Lei de Falências, o Dec.-Lei 7.661/1945.

Como conseqüência, passaram para o regime da Lei Falimentar de 1945 diversas atividades antes dela afastadas porque anteriormente não coincidiam com o conceito de comerciante, mas agora correspondem ao de empresário. Ora, tal situação foi mantida sem modificações pela Lei 11.101/2005 que se refere precisamente ao empresário e à sociedade empresária como os primeiros destinatários de suas normas.

Passemos a examinar cada uma das situações acima, conforme estabelecidas na nova lei.

1. O CONCEITO DE EMPRESÁRIO E DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO NCC¹

Dispõe o art. 966 do NCC que

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Seguindo os passos de De Martini², e diante da identidade entre aquele dispositivo e o art. 2.082 do CCIt.³, podem ser relaciona-

1 As considerações sobre os conceitos de empresário, de sociedade empresária e de elemento de empresa correspondem a um resumo dos itens correspondentes do “Curso de Direito Comercial” Vol. 1, do autor, Ed. Malheiros, S. Paulo, 2004, pp. 106 a 156.

2 Ob. cit., p. 97.

3 “É empresário quem exerce economicamente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços”.

dos na forma abaixo os requisitos ou elementos qualificativos e distintivos do empresário:

- a) exercício de uma atividade;
- b) a natureza econômica da atividade;
- c) a organização da atividade;
- d) a profissionalidade do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e
- e) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços (elemento objetivo).

1.1. EXERCÍCIO DE UMA "ATIVIDADE"

Estes mesmos elementos, segundo Buonocore são constitutivos da "fattispecie" empresa⁴, ensinando que ela é, ao mesmo tempo, o fundamento do Direito Comercial e o elemento unificador de todos os institutos que nesta matéria são tradicionalmente compreendidos. Observa, ainda, que o elemento organizativo está no centro da noção de empresa, estrutural ou funcionalmente. Se inexistir a organização, não existe a empresa. Mas, contrariamente, se existe organização, nem sempre existe empresa do ponto de vista do NCC, pois as atividades intelectuais, economicamente organizadas não fazem parte do conceito legal do instituto, dele expressamente excluídas⁵.

De qualquer maneira, concordando com Buonocore, o art. 966 do NCC, da mesma forma como sua matriz italiana, apresenta-se permeável à realidade econômico-social, mantendo-se válido em sua essência ao longo das transformações que esta venha a experimentar, tanto quanto aconteceu na Itália⁶. Isto porque a evolução dos insti-

4 "L'impresa", pp. 47 a 179, especialmente a p. 58. O termo "fattispecie" não tem uma tradução sintética na língua portuguesa. Significa a existência de um instituto jurídico autônomo dotado de tratamento próprio.

5 Ob. cit., pp. 49 e 51.

6 Ob. cit., pp. 58 a 61.

tutos é, fundamentalmente, de grau e não de conteúdo, pois são basicamente os mesmos os princípios que regem uma contratação tradicional e aquela efetuada pela Internet.

Agregando-se o primeiro e o segundo aspectos acima indicados, importa que a atividade corresponda a um constante repetir-se, não podendo tratar-se da realização de um negócio ocasional de compra e venda ou de mediação.

No sentido acima, as chamadas "sociedades de propósito específico" (SPE – conhecidas no direito italiano sob a designação de "sociedades ocasionais"), constituídas para a construção de um único edifício ou de uma estrada preenchem o requisito da atividade profissional porque, até o momento em que será atingido o objetivo, será realizada ao longo do tempo uma série de atos concatenados e voltados para aquela finalidade⁷.

De outro lado, as sociedades puramente de controle ("holdings") também devem ser consideradas empresárias tendo em vista não o seu objeto imediato (participar do capital de outras sociedades), mas segundo o seu objeto mediato (de natureza comercial estrito senso, industrial, bancário, etc.), correspondente ao objeto de cada sociedade sob o seu controle⁸.

Enquanto o ato, uma vez praticado, se exaure em si mesmo na sua finalidade, a atividade se caracteriza pela insuficiência de um ou alguns atos, pela incompletude no sentido da realização do objetivo, pela falta de se alcançar o resultado. Tudo isto somente ocorrerá na seqüência orgânica dos atos praticados, ou seja, na atividade que se prolonga no tempo⁹.

7 Cf. Galgano, ob. cit., pp. 53 e 54.

8 Cf. Galgano, ob. cit., p. 81.

9 Cf. Buonocore, ob. cit., p. 90.

1.2. ATIVIDADE "ECONÔMICA"

Ascarelli já havia observado, ao cuidar de dispositivo equivalente do Código Civil Italiano de 1942 (art. 2.082), que o termo "econômica", ali encontrado, refere-se a uma atividade criadora de riqueza e, portanto, de bens, assim entendidos em sua plena acepção jurídica, aí incluídos os serviços¹⁰. Acrescenta Galgano que o conceito é bastante amplo, correspondente a toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços.

Se alguém se organiza para o gozo dos próprios bens, isto não significa que esteja exercendo uma empresa. Isto é verdade mesmo que referidos bens produzam frutos porque, conforme será visto logo em seguida, requer-se uma produção econômica para o mercado¹¹.

Por sua vez, as atividades econômicas podem ser exercidas como meio ou como finalidade. No primeiro caso, o resultado positivo alcançado (lucro) deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes que explorem algum "ramo de comércio", por exemplo, a fabricação de geléias naturais para venda, cujo produto deverá ser utilizado na sua finalidade. A esse respeito, o NCC, resolvendo uma antiga pendência doutrinária, estabeleceu em seu art. 53 que as associações serão constituídas pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. As associações, ao lado das fundações podem exercer atividade econômica com fins não econômicos. Os seus resultados devem ser investidos no próprio objeto, não podendo ser distribuídos para terceiros, associados ou quaisquer outros.

No direito brasileiro a empresa pública, mesmo com este nome e que tenha fim econômico, ainda assim não é empresa do ponto de

10 "Corso", ob. cit., pp. 162 e 168 a 171. Para De Martini, a atividade deve incidir sobre o terreno da economia em sentido estrito e, em particular, voltada para a produção e exercida em um mercado (ob. cit., p. 99).

11 Cf. De Martini, ob. cit., pp. 97 e 98.

vista da aplicação de diversos institutos do Direito Comercial, tais como a recuperação judicial e a falência (das quais está na nova lei expressamente afastada, nos termos do art. 2º, inciso I) e nem o seu titular (o Estado) é considerado empresário. A vista destas considerações, Buonocore reconhece que a empresa pública é "um elemento de perturbação do mercado"¹².

De outro lado, as sociedades sempre terão fins econômicos, ou seja, a busca do lucro de uma maneira geral, que será distribuído entre os sócios. Nesses casos, a atividade econômica é sempre finalidade. Mas não se confunda objetivo de lucro com realização de lucro. Frequentemente as empresas experimentam resultados econômicos negativos, fato que, no limite, pode levá-las à insolvência. Esta circunstância não as descaracteriza como tal e nem faz ausentes elementos da economicidade e da produtividade adiante referidos.

Observam Ferrara Jr. e Corsi que o intuito lucrativo é referido ao exercício da atividade como um todo complexo e não aos atos individuais que o empresário pratica. Lembram que estes podem ser realizados com prejuízo, como forma de conquista de um mercado¹³. Se bem que, sob esse aspecto, pode caracterizar-se uma infração da ordem econômica, sob a forma de "dumping". Mas é perfeitamente lícita a venda pelo empresário de sobras de estoque por preço abaixo do custo de aquisição, como forma de obter capital de giro para a aquisição de produtos da nova estação.

O objetivo da atividade deverá ser, para a qualificação do empresário, a produção ou a circulação de bens ou de serviços, nos termos do art. 966, "caput", do NCC. Considerando tratar-se de redação idêntica à do art. 2.082 do CCIt., pode-se dizer, acompanhando Ascarelli, que tal atividade deve dirigir-se diretamente para tais finali-

12 Ob. cit., p. 88.

13 Ob. cit., p. 44.

dades, excluída a produção para uso próprio, pois esta não está destinada ao mercado. A destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e de outros sujeitos que também exercem uma atividade econômica¹⁴.

Os fatores acima proporcionarão ao empresário os lucros dos quais se aproveitará, estando na sua busca e apropriação o objetivo da empresa.

No sentido examinado também não poderá ser considerada empresa para efeitos jurídicos a atividade econômica exercida com sentido mutualístico, tal como ocorre com as cooperativas. De outro lado, é empresarial a atividade exercida por uma sociedade controladora pura (*"holding"*), ou seja aquela cujo único objeto é participar do capital de outras sociedades, desde que as controladas sejam, por sua vez, sociedades empresárias. Neste caso, os requisitos da economicidade e produtividade são atendidos por via indireta.

Ascarelli afirmava, ainda, que a atividade **deverá ser sempre lícita**. Não o sendo, ela seria imputável em seus efeitos aos agentes, mas não se caracterizaria como empresarial¹⁵. Essa interpretação, plenamente verdadeira, casa-se no direito brasileiro com a proibição do arquivamento no Registro do Comércio de documentos que contiverem matéria contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública (Lei 8.934, de 18.11.94, art. 35, I). Práticas ilícitas, como é exemplo o tráfico de drogas podem – e costumeiramente isto acontece – ser desenvolvidas de forma profissional e organizada, de forma a preencher, tecnicamente, os elementos constitutivos do empresário e da empresa. A própria Lei de "Lavagem de Dinheiro" reconhece em seu artigo 1º, inciso VII, a existência de organização (*"organização crimi-*

14 Cf. Buonocore, "L'impresa", pp. 15, 16 e 147 e segs. Este autor afirma que tal destinação específica está implícita na regra do art. 2.082 do CCl., tal como ocorreria no NCC.

15 "Corso", ob. cit., p. 177.

nosa") em tal tipo de crime, mas a sua caracterização como empresa deixa de ser possível pela falta de licitude no objeto da organização.

Além disso, a organização da atividade deve ser tomada pelo empresário em seu próprio nome, risco e proveito. A atividade é autônoma e não subordinada e, correndo o risco da perda do capital nela utilizado, dessa forma o empresário justifica o proveito que dela retira¹⁶.

1.3. ATIVIDADE ECONÔMICA "ORGANIZADA"

Inicialmente observe-se que o estudo da organização da atividade como elemento essencial da empresa depende de que o direito vá buscar subsídios em outras ciências, das quais é tributário neste campo de cogitações¹⁷, fato que demonstra, mais uma vez, a existência de impedimento na elaboração da uma *"teoria jurídica da empresa"*.

Não há empresa sem organização, diferenciando-se uma das outras, entre outras circunstâncias, pelo nível e pela dimensão da organização. Micro ou pequenos empresário ou, ainda, empresas altamente especializadas em sua atividade atuam em níveis restritos de organização. Outras empresas de maior porte e de objeto diversificado e complexo atuam em níveis diversos, fazendo uso de uma grande multiplicidade de institutos jurídicos, o que se reflete na organização de sua atividade. O porte do estabelecimento não tem necessária e essencial relação com a complexidade da organização.

Não é elemento essencial da organização da atividade que ela seja feita com o concurso do trabalho de outras pessoas além do empresário. Suponha-se um caso-limite. Um empresário individual ou uma sociedade empresária formada por dois únicos sócios exerce uma atividade inteiramente automatizada, seja por recorrer integralmente a robôs, seja pela utilização exclusiva de computadores, sem contar

16 Cf. De Martini, ob. cit., p. 103.

17 Cf. Buonocore, ob. cit., p. 113.

com qualquer empregado ou prestador de serviços. Mesmo assim deve ser reconhecida a existência da empresa, desde que presentes os demais elementos essenciais¹⁸.

Ainda segundo Ascarelli, a referência ao fato de que atividade deve ser **organizada** implica em que o empresário deve utilizar-se necessariamente de um **estabelecimento** ("azienda"), ou seja, um complexo de bens organizados para o exercício da empresa¹⁹. Podem ser colocadas paralelamente as questões do **tamanho ou da multiplicidade de estabelecimentos**, de maneira a que tais fatos gerem um tratamento jurídico próprio, como ocorre no Brasil com as empresas de pequeno porte, dotadas de tratamento constitucional favorecido (CF, art. 170, IX). Mas, desde o pipoqueiro ambulante, até a indústria multinacional, sempre será necessário dispor-se de um determinado complexo de bens para o exercício da atividade empresarial. Observe-se que o estudo do estabelecimento merecerá um tratamento próprio, mais adiante.²⁰

No entanto, em face da definição legal do NCC, a necessidade da existência de um estabelecimento por mínimo que seja não aparece em relação, por exemplo, ao representante comercial que exerça tal atividade como pessoa física. Ele poderá nem sequer ter um veículo próprio para o seu deslocamento, necessitando tão-somente de um catálogo dos produtos por ele intermediados. Em tempos de informática, tal catálogo poderá ser até mesmo eletrônico, acessado pela Internet ou por meio de um CD ou disquete de computador.

Pense-se, ainda, no caso de um agente autônomo de investimentos que tenha uma clientela altamente selecionada e que realize negócios com o uso de um telefone e de um terminal de computador ligado

18 Buonocore dá o exemplo de uma lavanderia automatizada (ob. cit., p. 126).

19 Ob. cit., pp. 177 a 185.

20 Nesse sentido, observam Ferrara Jr. e Corsi que o conceito de empresário é unitário, ou seja, ele prescinde da dimensão da empresa, da espécie da atividade exercida e da natureza do seu titular (ob. cit., p. 49).

aos sistemas adequados. À luz do art. 966 do NCC parece-me que ele deva ser considerado um empresário, podendo movimentar elevadas somas de dinheiro em curto espaço de tempo, sem utilizar-se de um aparato produtivo de porte e de complexidade significativos.

Sob o aspecto da organização, o empresário organiza dinamicamente os fatores da produção – natureza, capital, trabalho e, modernamente, a tecnologia²¹ –, na busca do lucro pela realização de determinada atividade. Tal atividade é aquela considerada "**própria de empresário**", em relação à qual o parágrafo único do art. 966 do NCC, por sua vez, exclui expressamente do conceito de empresário aquele que exerça profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, *salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*²².

Conforme Buonocore, esta organização teria uma dimensão **real e autônoma**, adquirindo existência objetiva fora do sujeito que a criou e pode servir à atividade de sujeitos diversos²³. Exemplo marcante está no contrato de franquia, por meio do qual o empresário cede a sua "organização" a terceiros, os franqueados, que pagarão por ela um preço maior ou menor conforme a sua possibilidade de geração esperada de lucros.

Uma empresa não poderá ser *puramente franqueadora*, pois, neste caso, ela não teria uma organização a ceder. Ela somente pode ceder o bem *organização*, capaz de gerar lucros a terceiros, a partir de sua própria experiência.

Aproveite-se o exemplo acima para demonstrar mais uma vez a negação da tese objetiva da empresa. O contrato de franquia, por

21 Cf. Fábio Konder Comparato, "Direito empresarial, estudos e pareceres", S. Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p. 31.

22 Mesmo ausente no direito italiano essa restrição expressa do direito brasileiro, os estudiosos daquele país têm entendido escapar ao conceito de empresário as atividades puramente intelectuais, de lazer ou esportivas (Ferrara Jr. e Corsi, ob. cit., p. 33).

23 Ob. cit., p. 110.

meio do qual o franqueador cede a sua organização a terceiros que se tornarão franqueados não significa a cessão da empresa do primeiro aos segundos. A empresa do franqueador continua existindo. De outro lado, os efeitos jurídicos completos de tal contrato dão-se em um múltiplo universo jurídico, expresso por uma certa quantidade de contratos coligados ao primeiro (cessão do *ponto comercial*, cessão do estabelecimento, cessão do imóvel onde se encontra o estabelecimento, cessão de marcas, patentes, título de estabelecimento, insígnia, prestação de assistência técnica permanente, etc.). Cada um destes itens está sujeito a uma disciplina jurídica diversa, como forma do exercício da empresa pelos franqueados, não sendo o caso de se falar de uma unidade jurídica, dotada de um único tratamento no campo do direito.

Além disso, considerada a existência ponderável de elementos subjetivos na organização da atividade franqueada²⁴, mesmo que o franqueador procure candidatos para o contrato a partir da caracterização do perfil do *franqueado ideal*, este resultado nem sempre é alcançado, frustrando-se o objetivo da relação jurídica em causa com prejuízo para uma ou para ambas as partes, do que são originadas muitas pendências judiciais.

1.4 ATIVIDADE "PROFISSIONAL"

Como se sabe, o art. 4º do CCoB conceituava como comerciante aquele que fizesse da *mercancia* sua profissão habitual. Qual a relação, ou qual a diferença entre esses conceitos?

Nos dois casos está presente uma *atividade profissional*, ou seja, a atuação contínua e especializada em um determinado campo de interesse, que se reveste de conteúdo econômico, como sua finalidade, significando a apropriação privada do resultado produtivo ou o

24 A este respeito Buonocore faz referência ao "momento subjetivo" e ao "perfil objetivo" da organização (ob. cit., p. 111).

sofrimento das eventuais perdas, neste último caso em função da presença do elemento risco. Neste sentido, parece ser correto afirmar que há uma coincidência parcial de conceito entre os termos *mercancia* e *atividade econômica organizada* nos dispositivos aqui comparados.

Observe-se que a atividade deve ser efetiva e não meramente potencial, apenas residente na intenção do agente ou na sua proclamação perante terceiros. Tão-somente o fato de alguém anunciar o início de uma empresa não lhe atribui a qualidade de empresário que decorrerá do efetivo exercício da atividade correspondente²⁵. A esse respeito Ascarelli fazia uma distinção do requisito de *profissionalidade* entre o empresário, pessoa física e o empresário, pessoa jurídica. No primeiro caso, a profissionalidade deveria implicar de forma necessária na habitualidade e no intento de lucro. Quanto à pessoa jurídica, deveria ser observado o seu escopo, ou seja, o fim em vista, o exercício de uma empresa, ou seja, de uma atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços²⁶.

Coloca-se, no último caso, uma posição doutrinária segundo a qual as sociedades seriam empresárias de acordo com o seu objeto (atividade própria de empresário, art. 982, "caput" do NCC) ainda que não tenha efetivamente iniciado a sua atividade ou quando esteja ausente a habitualidade no exercício daquela. Em sentido contrário encontram-se os que alegam a ilegalidade da afirmação de uma diferenciação nesta matéria, uma vez que ela não estaria presente no art. 2.082 do CCI., o mesmo se aplicando ao art. 966 do NCC²⁷.

Apresentam-se, portanto, no exercício profissional da atividade, os aspectos *temporal* e *lucrativo*. Em primeiro lugar, a atividade

25 Cf. Buonocore, ob. cit., pp. 92 a 95.

26 Ob. cit., pp. 187 e segs.

27 Vide Buonocore, ob. cit., pp. 95 a 99.

empresarial desenvolve-se no tempo, por meio da realização de uma série concatenada de atos, voltados para a produção de bens e de serviços no mercado. Essa atividade, desenvolvida no tempo, o proveito de que se trata não diz respeito apenas ao lucro apurado na atividade, mas à satisfação de todas as necessidades econômicas do titular, nos planos direto e imediato, como também indireto e mediato. Pode-se dizer, em outras palavras, que o exercício da atividade dá-se ao longo do tempo e não é altruística²⁸.

Considerando que atividade deve ser efetivamente realizada profissional e habitualmente, acrescentam-se ainda os requisitos de **voluntariedade** e da **consciência do comportamento** (comportamento "atuativo").

No primeiro caso, não pode ser aceito que uma empresa seja criada acidentalmente. É necessário que a vontade do empresário esteja dirigida para tal finalidade, do que resulta a possibilidade de ser-lhe imputada responsabilidade por prejuízos causados a terceiros. Em segundo lugar, a vontade de que se trata é específica, ou seja, voltada para dar nascimento a uma empresa e não uma vontade dirigida para outro escopo e deste surgindo a empresa fortuitamente. Esta conclusão não é coerente com a lei e a base para tanto está no art. 2.082 do C.CIt. e 966 do NCC, mais uma vez expressa pelo verbo "exercer" uma atividade. Tratando-se de atividade profissional, ela deve ser voluntária, consciente e efetivamente dirigida para um determinado fim. Nega-se, assim, a explicação da empresa como um *fato objetivo*, presente no direito independentemente da vontade do sujeito da atividade²⁹.

A habitualidade e continuidade da empresa são elementos que não devem ser tomados em sentido absoluto. Um estabelecimento

28 Cf. De Martini, ob. cit., pp. 103 a 105.

29 Veja-se a respeito das teorias em causa Buonocore, ob. cit., pp. 99 a 104.

hoteleiro pode ficar fechado boa parte do ano, abrindo apenas na temporada própria. Neste caso, o que vai caracterizar a habitualidade e a continuidade será o fato de que a atividade econômica ali exercida deve dar-se em períodos regulares de tempo, dentro dos quais ocorra um suficiente grau de estabilidade. Neste sentido, como se disse acima, não existiria a chamada "empresa ocasional", quando alguém, por exemplo, valendo-se de uma determinada circunstância favorável, realizasse um negócio lucrativo. Isto não se aplica às sociedades de propósito específico, as quais, apesar de organizadas para um único negócio (a construção de uma rodovia, v.g.) para a sua concretização realizam uma efetiva atividade profissional e habitual ao longo do tempo necessário para a consecução do objeto³⁰.

Fábio Ulhoa Coelho inclui o **monopólio das informações** como elemento integrante do profissionalismo³¹, sendo o empresário detentor das informações básicas sobre os bens e serviços colocados no mercado, no tocante a condições de uso, qualidade, insumos, riscos presentes ou potenciais, etc. Mas, se fosse o caso de aceitar-se o argumento daquele autor, deve ressaltar-se a existência de um movimento jurídico no sentido de se dar transparência nas relações entre produtor e consumidor, passando-se a este uma série de informações importantes as quais, evidentemente, chegam aos empresários concorrentes. Esta orientação de "disclosure" reflete-se claramente no CDC, notando-se que o NCC também é dotado de algumas normas que podem ser aplicadas a esta questão, tais como os artigos 422 a 424 (adoção dos princípios de probidade e de boa-fé na celebração dos contratos, interpretação favorável ao aderente na presença de cláusulas ambíguas ou contraditórias, nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a direitos), etc.

30 Veja-se a este respeito Buonocore, ob. cit., pp. 138 a 147.

31 Fábio Konder Comparato, "Direito empresarial, estudos e pareceres", S. Paulo, Ed. Saraiva, 1990, pp. 11 e 12.

1.5. ATIVIDADE DESTINADA À "PRODUÇÃO DE BENS E/OU SERVIÇOS". PRODUÇÃO PARA O MERCADO. O CONCEITO JURÍDICO DE MERCADO

1.5.1. O CONCEITO JURÍDICO DE MERCADO

Deve-se concordar com Buonocore quando ele reconhece o des-caso dos juristas – principalmente no Brasil – quanto a estudos relacionados ao mercado, deixados a cargo dos economistas.

A existência do mercado – na verdade, de múltiplos "mercados" – é necessariamente ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa, no qual os institutos de direito comum revelam-se inadequados para a solução das controvérsias dali emergentes. A maneira pela qual os negócios passam a ser desenvolvidos na economia moderna não é diferente somente pela quantidade e pela velocidade com que se realizam, mas isto também se reflete na "qualidade" da atividade comercial, como resultado da adoção de novos mecanismos jurídicos capazes de dar segurança e certeza às partes quanto à realização dos seus interesses³². Em razão disto surgiram novos contratos (criados a partir de contratos já existentes), novos títulos de crédito e novos valores mobiliários (os chamados "recebíveis", entre outros), novas técnicas de negociação (tais como a securitização de títulos). Os efeitos econômicos e jurídicos das operações nos mercados revelam-se no campo da concorrência entre os agentes produtores e distribuidores, de um lado, e no dos consumidores, de outro, como faces de uma mesma moeda, tornando-se necessária quase invariavelmente nos diversos ordenamentos jurídicos a intervenção do legislador como meio para a correção de rumos.

Segundo Natalino Irti, o mercado é definido como **unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a**

32 A esse respeito vide Rachel Sztajn in *A teoria jurídica da empresa*, p. 22 e segs.

uma categoria de bens³³, presente, em tese, em quaisquer tipos de economia com os quais poderia abstratamente conviver, inclusive de natureza socialista ou comunista, seja em regime de livre mercado, seja diante de um monopólio, desde que os preços sejam estabelecidos segundo a lógica do mercado. São afirmações em abstrato porque ele mesmo reconhece tratem-se – os mercados livres – de instituição característica das economias capitalistas de mercado³⁴.

O mercado, segundo aquele autor, não é formado por uma relação individual de troca nem por uma pluralidade arbitrária de tais relações. Para tanto se exige sempre um **critério unificante**, um princípio que seja capaz de governar a variedade de comportamentos e de reduzi-los a uma unidade. A partir desta colocação, Natalino Irti faz uma crítica das concepções existentes de mercado, adiante exposta³⁵.

Assim, Natalino Irti ataca a **concepção naturalística** de mercado, originada dos fisiocratas do século XVIII³⁶, segundo os quais o mercado seria o lugar da liberdade e da espontaneidade da atuação dos agentes, onde surgiria a conhecida figura da **mão invisível** determinadora do equilíbrio das relações econômicas e que levaria ao progresso e à felicidade generalizada dos homens. Dentro desta visão, ao Estado caberia apenas cuidar das fronteiras e da segurança nas estradas. As relações entre os particulares encontrariam um equilíbrio ideal sem a necessidade de qualquer intervenção legislativa ou administrativa.

Trata-se, segundo Natalino Irti, de uma política de não intervenção, que não deixa de ser uma política. Daí, segundo ele, a necessidade de se configurar o mercado como **o lugar artificial que a lei constrói, governa, orienta e controla**. Desta maneira, não existe mer-

33 "Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà", in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIII, n. 2, março-abril/1997 p. 185

34 *Teoria generale del mercato*, p. 22.

35 Ob. cit., pp. 185 e segs.

36 A respeito dessa corrente econômica, vide "Os fisiocratas ou o início da ciência econômica", de Antônio José Avelãs Nunes.

cado fora da decisão política e da escolha legislativa, mesmo quando se trata de deixar os negócios ao sabor do puro jogo dos interesses individuais. Sem dúvida alguma isto representa uma decisão e uma escolha política.

Disto resulta entender que a fisionomia do mercado variaria entre dois extremos de políticas econômicas possíveis, desde a liberdade econômica máxima permitida aos particulares até o intervencionismo estatal mais intenso. As regras legais adotadas pelos diversos ordenamentos jurídicos em tal sentido constituem as chamadas "constituições econômicas".

Para Natalino Irti a passagem do direito privado comum para o direito do mercado exige a presença de dois elementos: um relativo à **estrutura** e outro inerente à **dimensão**. No primeiro caso, é necessário que os negócios se realizem de forma indiferente em relação às pessoas que deles participam (que o autor chama de "anonímia") e mediante repetição contínua e mecânica. As trocas apresentam-se despersonalizadas, voltadas para o objeto do negócio e não têm em conta as pessoas que deles participam. No segundo caso, cuida-se de modalidade de negócios realizados em um determinado lugar, inseridos no "espaço" abstrato de um determinado mercado³⁷.

Desta forma, duas funções básicas são exercidas pelo mercado: (i) é o lugar (em sentido bastante largo) no qual o empresário exerce a sua atividade. Tanto um lugar físico precisamente determinado (as Bolsas de Valores), quanto uma região mais ampla e, até mesmo, nenhum lugar determinável, como ocorre com as operações hoje realizadas via Internet; e (ii) é a estrutura social, econômica e jurídica que, no seu conjunto, permite ao empresário realizar a sua atividade, facilitando o encontro dos operadores e a celebração de contratos. A propósito, como se verá adiante, a empresa tem sido considerada como um "feixe de contratos".

37 Teoria generale del mercato, pp. 20 e 21.

Quanto à primeira função acima citada, para Natalino Irti o mercado é o lugar do conflito e da paz³⁸:

"O mercado é o lugar do conflito e da paz. De inumeráveis conflitos que vêem os homens calculando interesses e confrontando a utilidade de bens; negociando com astúcia e vigor a conclusão dos contratos. E, ao mesmo tempo, um lugar de pacificação, isto é, de acordos nem justos nem injustos, mas efetivamente aceitos e concluídos pelas partes, cada uma delas reputando que obteve maior utilidade do que cedeu em troca". (Trad. livre)

O mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada pela moderna tecnologia, sendo apenas virtual o lugar das operações realizadas via Internet. Mas a concepção do mercado como um espaço geográfico já era objeto de críticas por diversos autores entre os quais, no País, Rachel Sztajn³⁹:

"Embora a concepção de mercado como espaço geográfico não desapareça de todo, uma tal noção do instituto presa à dimensão espacial merece críticas porque não considera as regras que são ínsitas aos mercados e se atêm à multiplicidade de agentes, fornecedores e adquirentes, presentes em local determinado no qual os preços dos bens se formam de modo transparente. Também deixa de lado a regularidade e a licitude/ilicitude das operações neles engendradas pelos agentes".

38 "(...) il mercato è insieme il luogo del conflitto e della pace: di innumerevoli conflitti, che vedono gli uomini farsi avveduti calcolatori interesse, e mettere a confronto l'utilità dei bene e negoziare con astuzia e vigore i termini dello scambio; : e, ad un tempo, di innumerevoli paci, cioè di accordi, nè giusti nè ingusti, ma effettivamente accettati e conclusi dalle parti, ciascuna delle quali reputa cio que di accordi, nè giusti nè ingusti, ma affettualmente accetati e conclusi dalle parti, ciascuna delle quali reputa cio che ottiene di maggior utilità di cio che cede in scambio". Ob. cit., p. 186.

39 Teoria jurídica da empresa, p. 39.

É importante a observação feita pelo mesmo autor, no sentido de que *o direito não disciplina o mercado, mas os mercados de determinados bens e categorias de bens*, mediante normas ora cogentes, ora dispositivas; apresentando diversas posições quanto ao nível de autonomia privada aceito; impondo certos ônus e formas de controle; etc. Isto porque o mercado não é um dado da natureza, mas **um conjunto de normas**, as quais, na dependência de uma opção político-legislativa, podem não somente – no campo da concorrência – voltar-se para a construção do desenho dos negócios aceitos, como também preocupar-se com o controle do mérito dos acordos entre os agentes econômicos⁴⁰. Pode-se acrescentar, por conseguinte, que a regência dada pelos diversos ordenamentos jurídicos em relação aos mercados está fundamentalmente ligada às suas escalas de valores, juridicamente estabelecidas na legislação.

Estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado, imprescindíveis na realização de negócios. A presença de riscos significativos prejudica ou, até mesmo, impede a realização de operações. No primeiro caso podem aumentar de forma significativa os custos de transação, penalizando-se os operadores do mercado. No segundo caso, tais custos tornam-se tão elevados que negócios não serão realizados. No Brasil, os planos econômicos “heterodoxos” causaram enorme prejuízo aos negócios, sendo um exemplo significativo do chamado risco legal (“*moral hazard*”).

A esse respeito Natalino Irti ensina que o mercado é uma **ordem**, no sentido de uma situação estável, onde exista regularidade e previsibilidade no resultado das ações⁴¹. Quem participa de um determinado mercado sabe nestes casos como deve ser o seu comportamento e como provavelmente será o comportamento dos demais

40 *Teoria generale del mercato*, p. 26.

41 *L'ordine giuridico del mercato*, p. 5.

agentes, pois o direito por meio do seu poder de coerção fará com que atuem no sentido desejado ou penalizará quem não o fizer, além de determinar o desfazimento de determinados atos julgados anti-concorrenciais (veja-se o caso Nestlé/Garoto).

A atuação do empresário no mercado dá-se como expressão da autonomia privada e deve ser exercida nos limites constitucionais, especialmente aqueles estabelecidos pelo art. 170 da CF, como são os casos da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. Estudos econômicos realizados em economias capitalistas têm levado à conclusão no sentido de que as trocas efetuadas dentro de um regime de livre concorrência apresentam-se eficientes, o que se pode traduzir por melhor qualidade e preço mais baixo. Esta é a razão da direção adotada pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

A atuação abusiva do empresário no mercado é sancionada pelo direito nos planos civil, administrativo e penal, matéria que foge aos interesses deste estudo.

1.5.2. PRODUÇÃO OU CIRCULAÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS. A MERCANCIA E A ATIVIDADE INTELLECTUAL ORGANIZADA

Tal destinação dos bens ou serviços, efetuada pelo empresário, está implícita no art. 2.082 do CCit. tanto quanto no art. 966 do NCC. A produção de bens e/ou serviços deve ser feita para o mercado, afastando-se do conceito de empresário aquele que organiza uma atividade econômica para o próprio proveito. Mesmo que realizada em escala ponderável, não se caracterizaria o empresário no caso em que toda a produção fosse consumida internamente. Daí o requisito da **circulação**, que se une ao da **produção**. O mercado é, portanto, elemento essencial na atividade da empresa, pois a ele são destinados os bens e serviços por aquela produzidos. É em virtude destes dois elementos que as cooperativas podem ser classificadas como empresas de fato, mesmo quando forem os próprios cooperados que reali-

zem diretamente a atividade⁴². Aliás, como bem observa Rachel Sztajn, a inclusão das cooperativas entre as empresas civis foi fruto de mera opção legislativa, uma vez que elas geram ganhos econômicos, os quais são partilhados entre os sócios⁴³.

O campo do exercício dessa atividade econômica organizada refere-se, de forma genérica, à **produção ou à circulação de bens ou de serviços**. Examinando-se o art. 19 do Regulamento 737, de 1850, verifica-se que a **mercancia** abrangia um rol diversificado de atividades, incluindo-se ali a prestação de serviços, como o caso do transporte, fato confirmador da constatação de similitude entre os dois conceitos acima referidos. Aquele dispositivo, ora revogado, demarcava com clareza uma linha divisória entre o Direito Civil e o Direito Comercial, por exclusão, tendo sido originariamente um critério legislativo para identificação da **mercancia** e passado mais tarde, pela revogação do dito Regulamento, para a condição de critério histórico. Destaque-se que a chamada **matéria de comércio**, sobre a qual atuavam os institutos próprios do Direito Comercial, ou seja, o exercício da **mercancia**, não se apresentava clara quanto ao seu conteúdo, tendo sido o tema objeto de grandes controvérsias, tanto no plano da doutrina quanto no da jurisprudência. E sua complexidade apresentava-se ainda mais agravada pelo fator de mostrar-se um conceito dinâmico, de aplicação ampliada ao longo do tempo nas relações econômicas privadas⁴⁴.

Observe-se que, historicamente, qualquer atividade econômica relativa à produção ou circulação de bens imóveis jamais havia sido

42 Cf. De Martini, ob. cit., pp. 106 a 108; e Calgano, ob. cit., pp. 64 a 66. Observe-se que, nos termos de decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, foi determinada a aplicação da Lei de Falências no processamento da liquidação judicial da Cooperativa Agrícola de Cotia. A falência, como se sabe, é instituto tradicional do Direito Comercial.

43 *Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil*, p. 94.

44 Veja-se, a propósito, nosso "Atividade mercantil. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de Comércio. Comerciante", in RDM, nova fase, nº 47, p. 29, 1982.

considerada **matéria de comércio**. No direito brasileiro essa situação começou a mudar com a promulgação da Lei 4.068, de 09.06.62, por meio da qual as empresas de construção passaram a ser consideradas mercantis. A razão para isso residia no interesse do legislador na busca do agravamento da responsabilidade dos empresários daquele ramo que, assim, ficavam sujeitos à decretação da falência e, por via de consequência, à condenação eventual por crimes falimentares.

Mais adiante no tempo, as sociedades de crédito imobiliário foram classificadas entre as instituições financeiras (Lei 4.728, de 14.07.65, art. 17). Empresas mercantis, portanto.

No entanto, o NCC apresenta uma abrangência bem maior no conceito do art. 966, quando comparado com o de mercancia. Pode-se, para tanto, utilizar-se da imagem de dois círculos concêntricos, nos quais o maior corresponde à **atividade profissional organizada**, que define o campo de atuação do empresário; o círculo menor era próprio da **mercancia**, um setor mais restrito da mesma atividade, atribuída ao antigo comerciante. Em atendimento ao dispositivo do parágrafo único do NCC, do círculo maior deve ser retirada uma pequena fatia, caso se esteja diante de uma atividade intelectual (de natureza científica, literária ou artística), exceto, como ali se coloca, na hipótese de constituir-se elemento da empresa. Dessa forma, todas as atividades econômicas relacionadas com imóveis passaram para o campo do direito comercial, inclusive a mera intermediação praticada pelas chamadas empresas "corretoras". Assim sendo, tornou-se efetiva a tendência nesse sentido, de que falava Barreto Filho⁴⁵.

Mesmo considerando que o campo da mercancia foi ampliado, resta concluir que a atividade econômico-lucrativa não mereceu tutela unificada, o que teria representado um avanço no campo da uni-

45 Ob. cit., pp. 38 e 39.

ficação das obrigações, na opinião de Rachel Sztajn, uma vez que, salvo dar-se a sua regularização em órgãos registrais diversos, não haveria diferença entre as empresas mercantis e as "civis"⁴⁶.

Nos termos do parágrafo único do art. 966 do NCC foi expressamente excluída do conceito de empresa toda atividade intelectual de natureza artística, literária ou científica, a não ser quando exercida na condição de elemento de empresa.

A exclusão das atividades intelectuais do campo da empresa é o resultado de uma clara opção legislativa, uma vez que, do ponto de vista organizacional, da busca de lucro, da existência de um ou mais "estabelecimentos", etc., não há diferença substancial em relação ao campo de atividades reservado ao empresário.

Lembre-se que a atividade artística no sentido da realização de espetáculos públicos estava relacionada como hipótese de mercancia no art. 19 do Regulamento 737. E, na maioria dos casos, ela não pode ser considerada como de natureza intelectual, seja para o trapezista, seja para o ator que interpreta um trecho de Shakespeare, pois, em ambos os casos, não se exige criação do intelecto. Mas, caso venha a constituir-se como elemento de empresa, seu agente é tido como empresário. Mas, afinal de contas, o que vem a ser esse elemento de empresa?

Essa noção deveria ser encontrada no próprio conceito jurídico de empresa, sabendo-se haver a melhor doutrina chegado de forma quase unânime a entender este último como **atividade econômica organizada, exercida profissionalmente**⁴⁷. Requião, seguindo os passos de Brunetti, já havia observado há muito tempo que a empresa, considerada como entidade jurídica, não passa de uma **abstração**, uma vez que, sendo ela o exercício de uma atividade pro-

46 Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil, p. 95.

47 Cf. Waldírio Bulgarelli, A teoria jurídica da empresa, ob. cit., p. 82.

ductiva, não se tem a seu respeito senão idéia abstrata⁴⁸. Em razão disso, como acertadamente fez o NCC, o foco da tutela jurídica deve voltar-se para o **empresário**, o sujeito da atividade, o qual fará uso dos instrumentos jurídicos disponíveis para que aquela atividade organizada possa chegar ao objetivo proposto, ou seja, a busca de lucro em última análise.

Ao referir-se ao empresário comercial, Requião trata da empresa, do seu titular, das obrigações comuns a todos os empresários, dos colaboradores da empresa, dos seus atributos e, quanto aos seus elementos, refere-os como aqueles relacionados com sua identificação e com o exercício da atividade⁴⁹.

1.6. A ATIVIDADE INTELECTUAL COMO ELEMENTO DE EMPRESA E SUA SUJEIÇÃO AO NOVO REGIME

Nota-se que a expressão "*elemento de empresa*" encontrada no art. 966, parágrafo único do NCC não apresenta sentido jurídico claro. Ela pode ser estudada à luz do ordenamento jurídico italiano, no qual o nosso direito de empresa está declaradamente calcado, para o fim de se verificar o sentido adotado pelo direito brasileiro.

Uma atividade intelectual pode ser exercida de forma simples ou complexa, isto é, como o único objeto do agente ou como parte de um objeto maior. Neste último sentido, ainda, tal atividade intelectual pode ser quantitativamente dominante ou representar uma parcela menor de outras atividades econômicas do mesmo agente econômico. Examinado o tema relativo ao elemento da empresa por este prisma, a atividade intelectual assim poderá ser considerada quando ela exista dentro de um contexto mais amplo, mas desde que não seja nele predominante. Neste último caso ela continuará na categoria de atividade civil.

48 Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, São Paulo, 24ª ed., 2000, 1ª vol., p. 59.

49 Ob. cit., pp. 49 a 101, etc.

Seria a hipótese do departamento de pesquisa científica dentro de uma fábrica de automóveis, que tivesse interesse em desenvolvimento tecnológico. Em tais situações não haveria maior dificuldade para a solução da questão: deveria sempre ser buscado pelo intérprete o conteúdo da atividade principal da empresa, para classificar o seu sujeito como empresário.

De outro lado, o exercício de atividade intelectual pura como único objeto da atividade organizada poderia levar à conclusão no sentido de que seu titular seria um empresário para os efeitos do NCC, já que esse objetivo seria **elemento de empresa**, ou seja, faria parte da **atividade organizada**.

Pensemos em alguns exemplos, a partir da última interpretação acima. Suponha-se que um grupo de cientistas organiza-se sob a forma de uma sociedade limitada, com o objetivo expresso de angariar projetos de pesquisa aplicada junto a outros empresários, cobrando um determinado valor em dinheiro tanto pelo trabalho em si, quanto pelo resultado positivo eventualmente alcançado. Outra hipótese: alguns músicos, reunindo-se para compor e vender sua produção a empresas gravadoras – e, para tanto, organizando-se. Nos dois casos estar-se-ia diante de uma empresa, seja sob a forma de sociedade tipificada ou não. Nesta última situação, os participantes seriam considerados empresários.

O ponto fraco desta interpretação está na constatação de que, assim sendo, bastaria a alguém organizar qualquer atividade para que pudesse ser considerado empresário, nos campos da advocacia, medicina, odontologia, engenharia, arquitetura, etc. E, certamente, essa não teria sido a intenção do legislador, historicamente avesso a estender às organizações destinadas ao exercício das chamadas *“profissões liberais”* o caráter de empresa mercantil. E veja-se que o problema não se encontra no nível da organização. Um laboratório de análises clínicas, dotado de sistemas sofisticados de organização e favorecido até mesmo com um certificado de qualidade do tipo “ISO”, nem por isso passaria à condição de empresa mercantil.

A única solução para o problema está em adotar-se como adequada a primeira interpretação acima enunciada: a atividade intelectual leva o seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial. E, em tal circunstância, a ressalva deveria estar melhor formulada, referindo-se a **elemento da empresa**. Melhor ainda, substituindo-se a redação equivocada por outra, ou seja, **“salvo se o exercício da profissão constituir parte do objeto da empresa”**.

O paradigma do art. 966, parágrafo único do NCC é o art. 2.238 do CCIt. de 1942, onde se lê em tradução livre:

“Se o exercício da profissão (intelectual) constitui elemento de uma atividade organizada sob a forma de empresa, se lhe aplicam também as disposições do Título II (art. 2.082 e seguintes).”

“Em qualquer caso, se quem exerce uma profissão intelectual emprega substitutos ou auxiliares, aplicam-se as disposições das Seções II, III e IV do Capítulo I do Título II (arts. 2.094 e seguintes).”

Ora, como se sabe, o art. 2.082 do CCIt. define o empresário, dentro do Título II, que cuida do trabalho na empresa. Por sua vez, as seções referidas naquele dispositivo voltam-se, respectivamente, para os colaboradores do empresário, as relações de trabalho e a aprendizagem, que não interessa examinar para os fins em vista.

Segundo Galgano, o titular de uma atividade intelectual (inclusive o artista) **transforma-se em empresário tão-somente quando desenvolve uma atividade ulterior diversa da atividade intelectual, aquela sim considerada empresarial**. Ou seja, duas atividades são realizadas em conjunto, uma intelectual e outra empresarial, ficando a primeira subsumida na segunda, como elemento desta. Para ilustrar sua interpretação, aquele autor lembra os casos do médico que administra uma clínica médica ou o professor que o faz em relação a

uma instituição privada de ensino. Referindo-se ao farmacêutico, Galgano chega a mencionar a existência de uma "azienda farmacêutica", o conjunto de bens por ele utilizado no exercício da atividade, na qual predomina a venda de medicamentos fabricados industrialmente⁵⁰.

Caminhando mais além em sua explicação sobre o presente tema, Galgano entende que o profissional liberal não é empresário quando realiza diretamente serviços em favor de terceiros, mas é empresário quem oferece a terceiros prestações intelectuais de pessoas a seu serviço⁵¹.

Sylvio Marcondes, na proposta da reforma do Código Civil, já havia afirmado que os "profissionais intelectuais" (profissionais liberais) não deveriam nem poderiam ser considerados empresários a não ser quando, organizando-se como empresa, assumissem a veste de empresários. Seu exemplo era o do médico, o qual, enquanto opera ou realiza um diagnóstico, está prestando um serviço resultante de atividade intelectual, não se caracterizando como empresário. Mas, a partir do momento em que organiza os fatores da produção, isto é, une capital, trabalho e equipamentos na instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física ou jurídica, será considerado empresário⁵².

A vinculação do objeto da atividade como elemento conceituador do empresário, não colocada claramente no art. 966 do NCC, pode ser tirada do conceito de sociedade empresária, por sua vez referenciada ao de empresário, na forma do art. 982, do NCC:

"Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967);

50 Ob. cit., pp. 29; 32 a 35. Veja-se também Rachel Sztajn. *Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil*, pp. 93 a 98.

51 Ob. cit., p. 30.

52 *Questões de direito mercantil*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977, p. 11.

Parágrafo único – Independentemente do seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa".

Portanto, em primeiro lugar, há uma atividade própria de empresário, que o define como tal. Ela seria o equivalente ao conceito de mercancia, utilizado no sistema do CCoB, a partir de seu art. 4º, efetivamente ampliado na unificação proporcionada pelo NCC. A grande questão que se coloca é precisamente esta: em que medida teria sido ampliado o conceito de mercancia?

O próprio parágrafo único do art. 982 informa que a sociedade por ações é empresária pela forma, conforme já assim referia o art. 2º da Lei 6.404/76. Em contrapartida, a sociedade simples não é empresária. Além disso, pode-se entender que, a partir da leitura do art. 983 do NCC, as sociedades empresárias, além da forma anônima, somente poderão ser constituídas como sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada. Mas as sociedades simples podem recorrer a estes mesmos tipos societários, pelo que a diferença entre uma e outra não estaria fundada na forma, mas no tipo do objeto social.

Portanto, como se verifica, o critério legislativo apto a indicar diretamente a sociedade como empresária, é bastante limitado, encontrado apenas, além da sociedade por ações, nas empresas construtoras, qualquer que seja a forma do exercício da atividade (Lei 4.068/62).

A partir de todas as considerações feitas neste e nos tópicos anteriores desta discussão e, nos termos do NCC, considerando existir uma atividade própria de empresário, poder-se-ia concluir que assim deverá ser entendida qualquer atividade econômica organizada que não corresponda ao exercício de profissão intelectual (de natureza científica, literária ou artística), exceto quando consistente em parte do objeto da empresa, quando a integrará como de natureza empresária. A propósito, Ferrara Jr. e Corsi referem-se à noção de empresário e de empresa como correlatas, pois, enquanto é empresário quem

exerce uma empresa, esta é o exercício de uma atividade econômica organizada⁵³.

Deve-se ter em conta, finalmente, que o empresário exerce sua atividade em um determinado mercado, conforme o ramo de atividade por ele escolhido, onde oferece seus produtos ou serviços a uma clientela indeterminada. Seus produtos ou serviços são homogêneos, elaborados ou servidos sem levar em conta o perfil do destinatário. Daí se pode tomar como empresárias certas atividades, mesmo liberais, que assumem essa característica na sua realização, ou seja, a atividade intelectual, nelas exercida, passa a ser considerada como um elemento de empresa.

Será o caso, por exemplo, de clínicas médicas de cirurgia plástica meramente estética, que anunciam seus "produtos" no mercado e as quais são, inclusive, objeto de contratos de franquia. Independentemente do fato de vir a estabelecer-se a responsabilidade civil e administrativa eventual dos médicos, que nelas atuam, no plano da culpa (obrigação de serviço e não de resultado, visão que tem sido contestada em diversos julgados), tais clínicas devem ser caracterizadas como sociedades empresárias, para todos os fins do Direito Comercial. Nelas, a atividade médica propriamente dita – com clara finalidade econômica – passou a se revestir da qualidade de elemento de empresa. Haverá, portanto, uma medicina voltada para o mercado, cujo exercício caracterizará a atividade empresarial e o seu titular como empresário. E, de outra parte, continuará sempre existindo o exercício da medicina como profissão liberal, longe de sua inclusão no campo da empresa, do ponto de vista estritamente jurídico, ou seja, trata-se de uma atividade organizada sob o aspecto técnico, mas não será empresarial para efeitos jurídicos.

53 Ob. cit., p. 32.

Pelo mesmo motivo, não seria empresário o farmacêutico que, mesmo organizando sua atividade, apenas aviasse receitas para outros profissionais, não atendendo diretamente clientela própria, não atuando, portanto, para o mercado.

Na medida em que o exercício da engenharia, da arquitetura e de outras profissões liberais puder ser desenvolvido para o mercado, estas passariam para a tutela das normas reguladoras da atividade empresarial. Um dos critérios fundamentais para discernir tal circunstância está na **padronização e na objetivação da atividade**.

Enquanto isso, por exemplo, grandes escritórios de advocacia assumem uma organização tecnicamente empresarial. São dotados de departamentos de recursos humanos, de contabilidade, de cobrança, de compras, etc. Mas eles não atuam e nem podem atuar para o mercado, remanescendo a sua atividade plenamente no campo intelectual, não podendo ser caracterizada como elemento de empresa.

A atuação pessoal no mercado reveste-se, portanto, do caráter de **objetividade e fungibilidade**: não interessa ao consumidor ou usuário a pessoa que presta algum tipo de serviço. Interessa apenas o serviço em si.

Verifica-se, por conseguinte, que o elemento **organização** não é da essência do conceito de empresário, considerando-se estar presente em outras áreas da atividade humana. Para Galgano, trata-se de um **pseudo requisito**, incluído na definição correspondente pelos compiladores do CCI. de 1942 a partir de uma visão ideológica segundo a qual o empresário seria um **organizador**⁵⁴.

Dessa forma, houve um aumento da incidência do Direito Comercial em relação a certas atividades intelectuais, consideradas como elemento de empresa a partir da promulgação do NCC, antes classi-

54 Ob. cit., p. 49.

ficadas como de natureza civil. Mas não se confunda **atividade intelectual** (engenheiro eletricitista) com **atividade técnica** (técnico em eletricidade). Preenchidas as demais condições, o exercício da primeira não é próprio de empresário. O da segunda é.

Pode-se entender, em conclusão, que passou a ser considerada atividade empresarial toda a atividade econômica organizada com intuito de lucro, exceto a atividade intelectual que não configure elemento de empresa.

2. AS COMPANHIAS AÉREAS

No tocante às companhias aéreas o legislador (deputados e senadores e, pelo que dizem, até o Presidente de República) andou brincando de “*Escravos de Jó*” (“*Tira, bota e deixa ficar*”). No vai-e-vem dos textos submetidos ao Congresso e na promulgação da versão final pelo Presidente da República sem veto na área em questão, as empresas aéreas terminaram favorecidas com o direito ao instituto da recuperação empresarial. Isto significou uma mudança diametral em relação ao regime anterior.

Como se sabe, a atividade de transporte aéreo representa um risco elevado para as mercadorias e pessoas transportadas quando exercido por empresas descapitalizadas porque seus administradores não teriam condições econômicas para o cumprimento das elevadas exigências de manutenção das aeronaves e do treinamento dos pilotos e dos técnicos a seu serviço. Quanto tais empresas se encontram em dificuldades financeiras, uma das formas mais utilizadas para manter ao menos uma parte do equipamento no ar corresponde ao processo conhecido como *canibalização*, ou seja, a retirada de peças boas de uma aeronave para sua utilização em outra. Passa a haver também uma *flexibilização* das exigências de revisão e de manutenção dos equipamentos.

Conhecendo tais circunstâncias e sabendo das restrições creditícias que uma concordata representava – e que praticamente impe-

diriam o atendimento da qualidade técnica exigida – no direito anterior as empresas aéreas estavam proibidas de serem contempladas com o benefício da concordata, embora estivessem sujeitas à falência.

É sabido que, no horizonte internacional, as empresas aéreas têm passado por sérias crises financeiras, muitas delas tendo quebrado, outras se encontrando em sérias dificuldades. As causas observadas têm sido diversas, entre as quais a concorrência predatória verificada naquele setor, correspondendo um dos seus efeitos a um enorme passivo em *milhagens* a serem honradas na forma da emissão de passagens gratuitas. Pelo preço que se cobra por uma passagem de classe executiva ou de primeira classe é forçoso intuir que boa parte dos usuários destes serviços não está pagando diretamente por eles. Como tem sido problemático repassar tal custo para os passageiros da classe econômica (em virtude da concorrência), a receita líquida tem diminuído sensivelmente, não raro com a determinação de prejuízos operacionais em larga escala.

Tratando-se de um setor estratégico, muitos governos têm atuado no sentido do salvamento de suas empresas, o que representa um custo social elevado. No Brasil havia o receio da adoção de algum mecanismo extraordinário para o socorro da Varig, que levasse a uma estatização, com todos os problemas daí derivados.

Nos Estados Unidos da América empresas aéreas em crise têm recorrido ao conhecido *Capítulo 11* da Lei Falimentar, na busca do seu equilíbrio financeiro, ou seja, de sua recuperação. Esta foi a inspiração da nova lei brasileira, com a finalidade de dar àquele setor a oportunidade de recuperação por um dos dois institutos correspondentes, o da liquidação extrajudicial e o da liquidação judicial.

No entanto, foi estabelecida uma restrição, consistente na exclusão do favor legal da recuperação quanto aos direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes. Neste sentido, a pergunta que cabe fazer é se tal óbice não virá invia-

bilizar completamente ou tornar extremamente difícil a recuperação das companhias aéreas em crise. Isto porque os arrendadores poderão fazer valer os seus direitos para retomarem aeronaves ou peças essenciais destas, tais como turbinas, impedindo conseqüentemente a utilização normal dos aparelhos.

Sem poder voar com a totalidade de suas aeronaves, a empresa em tal situação poderá perder rotas, receitas e, conseqüentemente, o seu valor de mercado.

Vislumbra-se, em tal situação, a utilização de pressões *extracontratuais* por tais credores, procurando um benefício extra em suas relações com as empresas aéreas perante eles endividadas, como moeda de troca que as levem a desistir da retomada de bens objeto de contratos de arrendamento mercantil. É claro que, colocados contra a parede, os devedores poderão optar pelo atendimento às exigências dos credores, outorgando-lhes benefícios indevidos. O resultado será o agravamento da situação da empresa, com a perda de recursos desviados para o favorecimento dos credores privilegiados, em detrimento dos demais.

Teria sido melhor manter as empresas aéreas dentro da plenitude dos regimes de recuperação estabelecidos pela nova lei.

3: A CONDIÇÃO DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

3.1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As microempresas e as empresas de pequeno porte estão incluídas no processo de recuperação judicial, sendo dispensadas da exigência de apresentação das demonstrações contábeis relativas aos últimos três exercícios sociais, prevista no inciso II do art. 51 da nova lei. Elas poderão apresentar, em substituição, os livros e a escrituração contábil simplificados, nos termos da legislação específica (art. 51, § 2º).

Como se verá em seguida por comparação, a recuperação judicial é muito mais favorável ao devedor do que a extrajudicial, pois abrange todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*).

3.2. A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Quanto à recuperação extrajudicial, a ela também faz jus a microempresa juntamente com a empresa de pequeno porte, em tese, porque o art. 161 da nova lei, remetendo-se às exigências estabelecidas no art. 48, não faz restrições em tal sentido.

No entanto, o microempresário e o empresário de pequeno porte deverão recorrer a um plano de recuperação a ser apresentado e negociado com os seus credores, passível de ser homologado pelo juiz competente (artigos 161 *caput*, e 70, §§ 1º; e 3º).

Na condição de hipossuficientes, tais empresários encontrarão enormes dificuldades práticas para organizar um plano adequado e estarão em condições de inferioridade econômica e jurídica para negociar com os seus credores. A fim de estabelecer algum equilíbrio nas relações entre as partes, objetivando o benefício da recuperação extrajudicial, o legislador deveria ter previsto algum tipo de assistência institucional àqueles empresários.

Além disto, seguindo o modelo falho da antiga concordata, o plano especial de recuperação não abrange os créditos relevantes abaixo relacionados, reduzindo extremamente a probabilidade de sucesso do intuito de recuperação (artigos: 161, § 1º; 49, § 3º; e 86 inciso II do *caput*):

- a) os créditos tributários;
- b) os derivados das relações de trabalho;
- c) os decorrentes de acidentes do trabalho;
- d) os relativos ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador

mercantil, de proprietário vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato com reserva de domínio, casos em que prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais na forma da legislação específica, apenas não se permitindo a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade profissional; e

- e) as importâncias entregues ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio de exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º da Lei 4.728, de 14.7.1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente (Banco Central do Brasil).

Aumentando o grau de exigências, a lei estabeleceu que o plano de recuperação extrajudicial também não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos (art. 161, § 2º).

4. EXCLUSÕES TAXATIVAS À APLICAÇÃO DA NOVA LEI E A *RATIO* LEGISLATIVA

Todo um grande universo de empresas e de entidades foi afastado taxativamente dos efeitos da nova legislação, embora de forma não absoluta em alguns casos como se verá adiante. Começemos pelo estudo das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

4.1. A EMPRESA PÚBLICA E A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Como se sabe, a empresa pública é organizada sob a forma de sociedade por ações, em relação à qual todo o capital forçosamente é de titularidade do Governo.

De seu lado, a sociedade de economia mista, tem o seu controle também nas mãos do Governo, obedecendo originalmente aos termos dos artigos 235 a 242 da Lei 6.404/76, a par de disposições especiais de lei federal. Estas sociedades não estavam sujeitas à falência, mas havia a previsão de responsabilidade subsidiária do controlador nos termos do art. 242 da Lei 6.404/76, o qual, no entanto, foi revogado de forma expressa pela Lei 10.303, de 31.10.2001, bem como o art. 241 revogado pelo Dec. Lei 2.287, de 23.7.1986, o que criou um aparente vácuo legislativo que somente teria sido preenchido pela nova Lei de Recuperação e de Falência de empresas, na qual foi mantida a sua exclusão e da empresa pública dos efeitos da reformulação ora efetuada.

Disto decorre que os credores de empresas públicas e de sociedades de economia mista somente teriam o direito de mover ações individuais para a satisfação dos seus créditos, não surgindo a possibilidade do estabelecimento de concurso de credores como resultado da decretação de sua falência. De outro lado, elas não poderiam recorrer aos sistemas de recuperação extrajudicial ou judicial.

Nessas circunstâncias, caso o controlador de tais sociedades (o Estado) as deixasse insolventes, os credores mais ágeis poderiam obter a satisfação dos seus créditos por meio de eventual penhora de bens e quando estes se esgotassem, os demais credores nada receberiam³⁵.

Quando muito, no caso isolado da companhia de economia mista, o Estado controlador poderia ser responsabilizado por abuso de poder de controle, conforme dispõe o art. 238 da Lei das S/A, mas tal responsabilidade somente se coloca diante dos seus acionistas, dos

35 Não se esqueça que alguns julgados têm até mesmo decidido inadmissivelmente que tais empresas estão imunes à penhora, tal como ocorreu em caso comentado pelo autor na RDA 107, p. 198.

empregados e da comunidade em que atua (art. 116, parágrafo único). Os credores não se encontram neste rol.

A teor desta interpretação, impor-se-ia em consequência ao Estado o dever de manter sempre solventes as sociedades de economia mista, mesmo quando economicamente inviáveis, para o fim de não se quebrar a igualdade constitucional de todos os credores de sociedades de fins econômicos, entre as quais colocam-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Disto resultaria um inútil custo social. Não caberia ao Estado patrocinar a completa ineficiência econômica de empresas públicas ou de sociedades de economia mista sob a alegação da necessidade do favorecimento de algum setor eventualmente considerado estratégico. Se o Estado necessita explorar algum tipo de atividade economicamente inviável (e, portanto a fundo perdido), lhe deveria ser vedado buscar capitais privados para compartilhar os prejuízos certos, por meio de uma sociedade de economia mista.

No entanto, deixa de ser desnecessária toda a construção jurídica que foi feita até aqui para procurar dar aos credores de tais sociedades algum tipo de proteção quando se tem em conta o disposto no art. 173, 1º a 3º da Constituição Federal, cuja leitura demonstra de forma cabal a inconstitucionalidade do inciso I do art. 2º da Nova Lei de Recuperação e de Falência das Empresas, onde assim se lê:

“Art. 173 (...).

§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”

Como se verifica de forma muito clara, a extensão às empresas públicas e às sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas é total, inclusive no campo trabalhista e tributário. Conseqüentemente, o mesmo se daria quanto à sua recuperação e à falência.

Contudo, tendo em conta os princípios que regem o Direito Administrativo, especialmente o **princípio da moralidade administrativa**, também de matriz constitucional (art. 5º, inciso LXXIII), estaria impedido o Estado de deixar insolventes os instrumentos dos quais se utiliza para o exercício do seu papel constitucional. Disto resultaria que, diante da insolvência de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, dever-se-ia entender que o Estado é subsidiariamente responsável, nada impedindo que os credores requeressem sua falência quando não pagos, cabendo ao síndico efetivar judicialmente tal responsabilidade. Neste sentido, se ao Estado viesse a não se interessar mais, por qualquer motivo, manter solvente uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, não poderiam os credores desta experimentar quaisquer prejuízos. Neste caso, a falência implicaria na liquidação do ente, cujo passivo seria inteiramente pago com a venda dos seus ativos e a complementação do saldo restante a cargo do Estado, subsidiariamente responsável.

E veja-se, ainda, que a participação do Estado na exploração de atividades econômicas por meio de empresas públicas ou de sociedades de economia mista somente pode ocorrer *quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo* (CF, art. 173, *caput*). Portanto, não se justifica que o Estado deixe ir à matroca empresas dessa natureza, contrariando a imposição que o levou a criá-las. Nos casos de dificuldades financeiras que venham a atravessar, o Estado estará obrigado a dar o seu socorro.

A falta de saneamento de uma *estatal* como resultado de deliberada intenção do Estado controlador caracterizaria ato de improbi-

dade administrativa, em afronta a dispositivos da Lei 8.429, de 02/06/1992 em dois dos seus planos:

- a) Como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao Erário (art. 10, *caput*), caracterizado por qualquer lesão ao Erário por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaramento ou dilapidação de bens ou haveres;
- b) Como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11), caracterizado por qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Por oportuno, observe-se que muitas empresas públicas ou sociedades de economia mista em funcionamento nos dias atuais não mais preenchem aqueles pressupostos constitucionais – se é que o fizeram algum dia – devendo ser privatizadas, o que ocorre, por exemplo, no campo de alguns bancos públicos federais com função meramente comercial, cuja atividade pode ser perfeitamente desenvolvida pela iniciativa privada.

Paralelamente, no entanto, o Estado estaria impedido de recorrer aos sistemas de recuperação judicial ou extrajudicial de tais entidades, em atendimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa acima mencionado. Haveria completa incompatibilidade no sentido da utilização de tal favor legal em relação ao Estado, seja na qualidade de único titular da empresa, seja na de acionista legal e obrigatoriamente controlador.

Em conclusão, (i) percebe-se que já se revelava inconstitucional o art. 242 da Lei 6.404/76, na parte em que ele afastava a possibilidade da falência das sociedades de economia mista, embora mantivesse acertadamente a responsabilidade subsidiária do Estado por suas obrigações; (ii) também é inconstitucional o inciso I do art. 2º da Lei

11.101 de 9.2.2005 porque afronta o art. 173, §§ 1º e 2º da Magna Carta.

Neste sentido, em resumo:

- a) As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas à falência diante de qualquer situação relacionada no art. 94 da nova lei, especialmente a falta de pagamento aos seus credores;
- b) Ambas não podem recorrer ao sistema de recuperação, seja judicial ou extrajudicial;
- c) O Estado responde por abuso de poder de controle à frente de tais sociedades; e
- d) Nos planos administrativo e penal, o administrador público responde por atos de improbidade administrativa na ocorrência da suspensão voluntária de pagamentos aos credores das empresas públicas e de sua descapitalização.

4.2. AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E AS EMPRESAS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS

Quanto às instituições financeiras, encontram-se elas submetidas primordialmente ao regime da Lei 6.024, de 13.03.74 e do Dec.-Lei 2.321/87, onde estão regulados os institutos da intervenção, da liquidação extrajudicial e do regime de administração especial temporária (RAET).

Entende o legislador que este setor da economia merece um tratamento diferenciado tendo em vista as circunstâncias especiais nas quais a atividade ali é exercida, correspondente ao elevado nível de riscos e aos efeitos macroeconômicos da sua quebra, provocados pelo chamado *risco sistêmico*.

Desde muito tempo o direito brasileiro reservou às instituições financeiras um tratamento diferenciado no tocante à sua insolvência, representado pela intervenção e pela liquidação extrajudicial, as quais

já eram objeto da Lei 1.808, de 1953. Esta foi revogada pela Lei 6.024/74, atualmente em vigor. O sistema interventivo estatal foi complementado pela criação do Regime de Administração Especial Temporária RAET (Dec.-Lei 2.321, de 1987).

A legislação especial acima citada apresentava o seguinte esquema operacional:

- (i) Diante das circunstâncias especialmente nela previstas, o Banco Central do Brasil tem a prerrogativa (à frente do Judiciário) de decretar um dos três regimes ali previstos, conforme o caso;
- (ii) Pode aquele Órgão optar por não tomar conhecimento dos problemas de insolvência de certas instituições financeiras, deixando aos credores, se o desejarem, requerer a sua falência; e
- (iii) No curso de qualquer dos regimes interventivos, pode o Banco Central do Brasil autorizar o interventor, o liquidante extrajudicial ou o administrador especial temporário a requerer a falência da instituição, nos casos em que seu passivo viesse a se revelar superior a 50% do ativo.

Portanto, a falência de instituições financeiras é uma das soluções para a crise daquelas empresas prevista na legislação especial, exceto no que diz respeito às de natureza pública.

No advento da nova lei, no entanto, surge a questão relacionada com a determinação expressa do art. 2º, II, no sentido de que ela não se aplicaria às instituições financeiras. Assim sendo, a interpretação direta do texto em causa levaria ao reconhecimento da revogação parcial do sistema da Lei 6.024/74 e 2.321/87, delas ficando afastada a possibilidade de falência.

Mas esta consideração revela-se simplista ao se fazer a aplicação dos princípios interpretativos adequados.

Observe-se que a Lei 11.101, de 2005, apresenta-se como uma lei geral de recuperação de empresas e do regime falimentar correspondente. De sua parte, as leis tuteladoras dos regimes de intervenção lato sensu nas instituições financeiras são leis especiais, restritas ao rol de instituições que assim podem ser classificadas à luz do art. 17 da Lei 4.595/64. Desta maneira, os dois sistemas (o geral e o especial) são complementares, prevalecendo este último na confrontação entre ambos.

No sentido acima, parece que as leis especiais em tela não podem ser alcançadas pelas disposições da lei geral. Desta consideração decorre o efeito de que continua em vigor o sistema estabelecido nas primeiras, referido nos itens (i) a (iii) supra, segundo os quais a possibilidade da decretação da falência de instituições financeiras e de empresas a elas assemelhadas continua em vigor.

A razão é muito clara. Os regimes especiais configuram uma exceção ao sistema legal vigente. Este somente é afastado em circunstâncias diferenciadas, quais sejam, aquelas que dizem respeito aos efeitos danosos e em cascata que a quebra de uma instituição financeira pode acarretar ao mercado, tanto no plano nacional quanto internacional.

Em primeiro lugar, se uma instituição financeira é tão pequena que os efeitos de sua quebra no mercado são de pequena monta, não se justifica que o aparato do Banco Central do Brasil seja posto em funcionamento para a liquidação daquela.

De outro lado, o próprio legislador especial estabeleceu, bem ou mal, os limites da intervenção administrativa, representados pela constatação da gravidade da situação das instituições financeiras sob sua tutela, havendo colocado como parâmetro a existência de passivo a descoberto superior a 50% do ativo. Mesmo assim, ainda existe uma porta diferenciada colocada à disposição da Autoridade Monetária e correspondente ao art. 31 da Lei 6.024/74.

O dispositivo acima permite que o Banco Central do Brasil autorize prévia e expressamente ao liquidante por ele nomeado – com o objetivo do resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com tais interesses, que adote qualquer forma especial ou qualificada para a realização do ativo e liquidação do passivo –, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda.

Com tal arsenal à sua disposição, a instituição liquidanda somente será encaminhada para a falência quando a Autoridade Monetária mais nada puder fazer para o seu saneamento. Entrementes, o prejuízo de depositantes e investidores não terá sido total porque, além daquilo que lhes puder ser pago com a utilização dos ativos da instituição financeira insolvente, eles terão recebido os valores devidos pelo Fundo Garantidor de Créditos, no montante atual de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A Lei 11.101, de 2005 não se aplicará, evidentemente, às instituições financeiras no que tange aos dois modelos de recuperação nela previsto, continuando o Banco Central do Brasil a manter em suas mãos os três institutos da legislação especial.

Por sua vez, as empresas de administração de consórcios encontram-se entre aquelas equiparadas às instituições financeiras, mas submetidas a um regime jurídico especial, ou seja, a Lei 5.768, de 20.12.71.

Verifica-se que o regime inicial da Lei 5.768/71 determinava a sua subordinação ao Ministério da Fazenda, mediante autorização prévia para funcionamento, uma vez demonstrada a capacidade financeira, econômica e gerencial das pessoas por elas responsáveis, as quais deveriam apresentar estudos inerentes à viabilidade econômica do plano e das formas e condições de emprego das importâncias a receber dos consorciados (arts. 7º e 8º). A mesma lei autorizou o

Conselho Monetário Nacional a intervir nas operações das administradoras de consórcios com a finalidade de regulá-las (art. 9º), tendo sido então atribuída ao Banco Central do Brasil competência para nelas intervir ou decretar a sua liquidação extrajudicial, da mesma forma e nas mesmas condições previstas para as instituições financeiras (art. 10), ou seja, nos termos da Lei 6.024/74, que revogou a norma então vigente para esse efeito (Lei 1.808/53).

Tendo em vista que a dicotomia de tratamento das empresas em tela (Ministério da Fazenda, de um lado, e Banco Central do Brasil, de outro) apresentou enormes falhas no seu funcionamento (entre as quais a quebra da maior administradora de consórcios do País na época, o Almeida Prado) veio a ser revisto o sistema então vigente, embora de forma parcial, com a edição da Lei 8.177, de 01.03.91. Esta norma transferiu para o Banco Central do Brasil as atribuições de autorização prévia para o funcionamento, a fiscalização e a aplicação das penalidades cabíveis quando da quebra de empresa daquele ramo.

Quanto a essas empresas, seu afastamento da nova lei apresenta-se muito mais sem razão ainda do que o caso das instituições financeiras porque não se trata absolutamente de risco sistêmico ou de dano a mercados estratégicos. A quebra de uma grande construtora como aconteceu com a ENCOL foi muito mais traumática do que seria a insolvência da maior empresa de administração de consórcios em funcionamento no Brasil e, nem por isto, as construtoras foram alijadas dos efeitos da nova legislação de recuperação e de falências de empresas.

Em resumo, no que diz respeito às instituições financeiras ou às empresas administradoras de consórcios, fazendo-se a recepção da legislação especial a elas aplicável à nova lei, verificam-se as seguintes possibilidades:

- a) O Banco Central do Brasil tem a prerrogativa de adotar qualquer dos regimes interventivos ao seu dispor;

- b) No curso de um deles, caso apurada uma das situações legais específicas, o Banco Central do Brasil autorizará o interventor, o liquidante extrajudicial ou o Conselho Diretor do RAET e requerer a decretação da falência a juiz competente;
- c) Diante da inércia do Banco Central em relação a uma de tais entidades insolventes ou inadimplentes, qualquer credor poderá requerer a sua falência; e
- d) Não podem tais empresas recorrer aos sistemas de recuperação da nova lei porque seu regramento específico já prevê uma sistemática própria, a cargo da Autoridade Monetária.

4.3. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS E AS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

As cooperativas de crédito estão sujeitas à mesma legislação pertinente às instituições financeiras, bem como as seções de crédito das cooperativas mistas, das quais a nova lei não tratou.

Verifica-se que a CF inseriu no art. 5º, inciso XVIII do seu texto a chamada "*cláusula da autonomia cooperativa*" segundo a qual sua criação independe de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento⁵⁶. Por sua vez, o art. 174, § 2º, da CF demonstra o interesse do Estado quanto a este instituto, prevendo que a lei deverá apoiar e estimular o cooperativismo, entre outras formas de associação.

Neste sentido, as sociedades cooperativas eram reguladas pela Lei 5.764, de 16.12.71, recepcionada pelo NCC naquilo que a este eventualmente não contrarie. Entendidas como um tipo especial de sociedade na vigência do CCoB (Lei 5.764/71, art. 4º, "*caput*"), esta

56 Cf. João Batista Brito Pereira, *Da sociedade cooperativa*, pp. 912 e 913. Sobre a evolução legislativa das cooperativas no direito brasileiro, leia-se Modesto Carvalhosa, *ob. cit.*, pp. 393 a 396.

condição tornou-se duvidosa como se verifica pelo tratamento confuso que lhe foi dado pelo NCC. Isto porque, no art. 982, parágrafo único, o NCC a trata como sociedade simples, enquanto que no art. 1.096, as normas desta última forma de sociedade são aplicáveis às sociedades cooperativas naquilo em que a legislação particular ao seu modelo for omissa. Ora, caso fosse tão-somente uma sociedade simples, sua tutela legislativa seria diretamente subordinada a este modelo, não dependente de aplicação subsidiária de suas normas.

Desta forma, as sociedades cooperativas continuam sendo um tipo societário especial, ou passaram a constituir um subtipo das sociedades simples, opinando o autor pela primeira das soluções, tendo em vista as grandes diferenças de tratamento entre umas e outras.

Diferentemente das sociedades, as cooperativas não têm um objeto econômico próprio, pois são destinadas à viabilização das atividades dos seus associados. Tal objeto é variado, podendo o instituto prestar-se tanto ao interesse dos produtores como dos consumidores (cooperativas de compras). Neste último caso, servindo para reduzir custos de aquisição pela eliminação de intermediários ou pelo poder de barganha que juntos adquirem perante os produtores⁵⁷.

Embora não se trate de um tipo de sociedade empresária, possuindo regime jurídico próprio, reveste-se na realidade da condição de ente híbrido, pois, tanto a lei, como a jurisprudência, têm-lhe estendido alguns institutos próprios das sociedades empresárias. Por exemplo, seus atos constitutivos são objeto de arquivamento no Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Lei 8.934/94, art. 32, II, "a"). Em outro exemplo, sabe-se que a antiga Cooperativa Agrícola de Cotia veio a ter sua liquidação judicial decretada com determinação da aplicação, ao caso, da Lei de Falências no que fosse compatível⁵⁸.

57 Neste sentido, o instituto das cooperativas se tem prestado à união de titulares de pequenos supermercados, como forma de reunirem condições para concorrerem com os grandes grupos.

58 Proc. n. 1.347/93, da 36ª Vara Cível de São Paulo.

Desta maneira, as cooperativas ficam a meio caminho entre as sociedades civis e as sociedades empresárias, cabendo-lhe a natureza jurídica de ente híbrido, ou de sociedade "*sui generis*", conforme tem sido discutido na doutrina⁵⁹.

Lembre-se no entanto que, do ponto de vista econômico, elas são empresas porque colocam bens e serviços no mercado. No plano jurídico, foi feita acima a discussão sobre o conceito de empresário e de sociedade empresária, em relação ao qual, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, as cooperativas poderiam ser consideradas sociedades empresárias, cabendo perfeitamente na definição do art. 966 do NCC e, por conseguinte, no art. 1º da Lei 11.101, de 2005, observando-se que a exceção do art. 2º somente alcança as cooperativas de crédito.

Finalmente, tendo em conta as cooperativas de crédito e sua condição de instituição financeira, como tais elas expressamente estão sujeitas à Lei 6.024/74 e ao Dec.-Lei 2.321/87, ou seja, à intervenção, à liquidação extrajudicial e ao regime de administração especial temporária. Assim sendo, também estariam sujeitas à falência quando seu requerimento for autorizado pelo Banco Central do Brasil nos casos de passivo superior a 50% do ativo.

4.4. AS SOCIEDADES SEGURADORAS E DE CAPITALIZAÇÃO

Voltando nossa atenção agora para as empresas de seguro e de capitalização, elas são regidas pelo Dec.-Lei 73, de 21.11.1966, onde estão previstos a intervenção pela SUSEP e um sistema próprio de recuperação mediante a concessão por aquela autarquia de tratamento técnico e financeiro excepcional às seguradoras em crise. Não surtindo efeito nem uma e nem outro, a SUSEP poderá cassar a autorização

⁵⁹ Sobre a natureza jurídicas das cooperativas, vide Maria Cecília Ladeira de Almeida, ob. cit., pp. 68 a 80.

para funcionamento da sociedade seguradora, seguindo-se a sua liquidação nas modalidades voluntária e compulsória, ambas processadas pelo mesmo órgão fiscalizador (arts. 89 e 97).

De sua parte, as sociedades de capitalização são regidas pelo Dec.-Lei 261, de 28.02.1967, sujeitas ao mesmo regime imposto às sociedades seguradoras.

Tanto as sociedades seguradoras quanto as de capitalização foram expressamente afastadas dos institutos criados pela Lei 11.101 de 2005 com fundamento semelhante ao utilizado para as instituições financeiras, ou seja, a especialidade dos mercados nos quais operam e o nível mais elevado de risco que acarretam a terceiros. Não se pode falar de adequação plena da idéia de risco sistêmico a este tipo de empresas, embora possa ocorrer a transmissão de problemas de insolvência dentro do sistema por via dos contratos de co-seguro e de resseguro. Mas o abalo da confiança no mercado pela quebra de uma sociedade seguradora pode afetar grandemente o mercado.

A quebra de sociedades de capitalização tem ocorrido com alguma frequência sem que tenham sido notados traumas maiores no mercado. Na verdade, elas têm apresentado uma atuação marginal em relação ao objetivo de fornecer ao público a constituição de um capital mínimo para fins de poupança. Na grande maioria dos casos a contratação de operações de capitalização encontra ênfase na possibilidade de ganho antecipado por meio de sorteio, as quais são oferecidas pelos agentes do mercado (inclusive com a intermediação de bancos comerciais e de empresas de cartão de crédito) como um atrativo extra e de custo baixo em operações realizadas por seus clientes. Estes, tendo em vista a possibilidade de ganharem uma importância substancial por meio de sorteio, aceitam *investir* uma determinada importância por um certo período de tempo.

Diante de eventual inércia da SUSEP em decretar uma intervenção ou promover a liquidação de sociedades seguradoras ou de capitalização, entende-se plenamente cabível a decretação de sua falência a requerimento de credor, até mesmo como exercício do direito fundamental de acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV). Não têm elas direito ao sistema de recuperação da lei geral.

4.5. AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

As entidades de previdência complementar caracterizam-se como fechadas ou abertas, nos termos dos artigos 31, § 1º e 36 da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001. As primeiras podem constituir-se sob a forma de fundação ou de sociedade civil. As segundas exclusivamente sob a forma de sociedade anônima.

A fiscalização das entidades de previdência complementar foi outorgada à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC –, nos termos da Medida Provisória 233, de 30 de dezembro de 2004.

As entidades fechadas têm o seu campo de atuação restrito exclusivamente aos empregados de uma empresa ou de grupos de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial. Dado o seu caráter interno e o fato de que não atuam perante o mercado, elas jamais poderiam ser classificadas como empresários ou sociedades empresárias, especialmente quando organizadas na forma de fundações que não têm finalidade lucrativa.

Mas, no que diz respeito às entidades abertas, o fato de serem sociedades anônimas as coloca no campo das sociedades empresárias pela forma, conforme o disposto no art. 2º da Lei 6.404, de 1976. Disto decorre que, ao afastar as entidades abertas do regime da Lei 11.101, de 2005, o legislador contrariou um efeito que nelas seria absolutamente natural.

Tais entidades estão sujeitas à intervenção e à liquidação extrajudicial, nos termos dos artigos 44 a 53 da Lei Complementar 109, de 2001. A intervenção poderá ser levantada se a situação da entidade tiver sido regularizada ou poderá converter-se em liquidação extrajudicial. No curso desta última medida, dar-se-á sua extinção pelo término do processo de liquidação quando o liquidante comprovar a inexistência de ativos suficientes para a satisfação dos créditos existentes contra a liquidanda, fazendo-se a devida comunicação ao juiz competente.

Como se vê, o sistema de recuperação da Lei nº 11.101, de 2005 não está ao alcance de tais entidades.

Considerando-se o esgotamento do ativo da entidade nesta última hipótese, não haveria por que se falar em decretação de falência, se fosse o caso. Entende-se que o liquidante tem a obrigação de levar o processo até o momento em que se dá a apuração de todos os bens do ativo e pagamento do passivo segundo as forças da moeda da massa.

A solução da nova lei para este caso não foi a melhor, evidentemente.

4.6. AS SOCIEDADES OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Tais sociedades estão sujeitas ao controle efetuado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS –, que tinha competência para decretar a liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a sua falência ou insolvência civil (Lei 9.961, de 28.01.2000, art. 4º, XXXIV). Complementarmente, as operadoras de planos de saúde são regidas pela Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual não define a sua forma entre os requisitos estabelecidos na busca de autorização para funcionamento (art. 8º). Mas o art. 19 da mesma lei, ao cuidar do seu registro provisório, determina que sejam apresentados à ANS, entre outros elementos, o registro de constituição da pessoa jurídica e a indicação do seu nome de fantasia.

O art. 23 da lei em questão proibia as operadoras de planos privados de assistência à saúde de requererem concordata, mas estavam

sujeitas à falência ou à insolvência civil nos casos de (i) ativo insuficiente para o pagamento de, pelo menos, a metade dos créditos quirográficos; (ii) impossibilidade de pagamento das despesas administrativas e operacionais resultantes da liquidação extrajudicial; ou (iii) na presença de condutas tipificadas como crimes falimentares.

O afastamento dos institutos criados pela nova lei em relação a tais entidades demonstra a quebra aparente do regime anterior.

Do ponto de vista de sua natureza jurídica, as operadoras de planos de assistência à saúde são, indubitavelmente, sociedades empresárias, pois cabem perfeitamente nas definições dos artigos 982 e 966 do NCC. Dentro delas existe o exercício da atividade intelectual de medicina, mas ali claramente colocado como *elemento de empresa*.

Neste sentido, não haveria de falar-se mais em sua insolvência civil, a partir da promulgação do NCC, mas sim de sua falência. E, neste caso, da mesma forma como foi dito em relação às instituições financeiras, este instituto ainda tem lugar no regime da nova lei toda vez que ficar caracterizada alguma das situações do art. 23 da Lei 9.656, de 1998, sob pena de caracterizar-se um vazio legislativo. Como já foi visto, o novo texto coloca-se como lei geral em relação às diversas leis especiais que versam sobre as empresas referidas no seu artigo 2º.

Não estão as operadoras de planos de saúde beneficiadas pelos novos sistemas de recuperação empresarial.

De qualquer maneira, não deve caber à ANS o papel de coeiro de tais entidades, bem como o de zelador do seu jazigo, pois a função institucional daquela Agência é bem outra.

4.7. AS EMPRESAS E ENTIDADES DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

Este sistema é regulado pela Lei 9.514, de 20.11.97. As entidades que o constituem são as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento com carteiras de crédito imobiliário, as

associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e outras que para tanto forem autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN (art. 2º).

Quanto às instituições financeiras integrantes do SFI o assunto já foi abordado acima. Como tais elas também são regidas pela Lei 6.024/74, sujeitas à falência a requerimento do interventor, do liquidante, ou do administrador especial temporário, para tanto prévia e devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil.

No tocante às associações de poupança e empréstimo, elas são reguladas pelo Dec.-Lei 70, de 21 de novembro 1966, originalmente constituídas na forma de sociedades civis destinadas a propiciar ou a facilitar a aquisição de casa própria aos associados e de captar, incentivar e disseminar a poupança (art. 1º).

O então Banco Nacional da Habitação (sucedido pela Caixa Econômica Federal) tinha competência para determinar a reorganização de tais entidades, sua incorporação, fusão ou liquidação, bem como nelas intervir (art.6º).

O seu afastamento da falência acarreta, igualmente, um desvio de função do órgão controlador.

5. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI 11.101, DE 2005 PARA EMPRESAS OU ENTIDADES REGIDAS POR REGIME ESPECIAL

Um ponto importante no tocante ao afastamento das empresas e entidades mencionadas no art. 2º da Lei 11.101, de 2005, quanto aos seus efeitos, encontra-se no art. 197 cuja interpretação leva a algumas considerações interessantes.

No dispositivo acima, a nova lei aplicar-se-á subsidiariamente aos regimes especiais ali previstos (para as instituições financeiras, as seguradoras e as sociedades operadoras de planos de saúde). Isto sig-

nifica que tais leis estão em pleno vigor e que, em suas lacunas, a Lei 11.101 de 2005 será aplicada.

Desta forma, deve-se entender a intenção do legislador no seguinte sentido:

- a) Se um dos setores contemplados no art. 2º da nova lei conta com um sistema de intervenção, voltado para a preservação da empresa e de sua liquidação, este prevalece sobre a lei geral na medida em que o órgão responsável toma iniciativas em tal sentido;
- b) Nos casos de remessa pela lei especial do regime interventivo para a falência, como ocorre em relação às instituições financeiras, a falência deverá ser decretada pelo juiz quando seu requerimento for autorizado pelo Banco Central do Brasil;
- c) Na falta de iniciativa do órgão competente para a tentativa de salvar a empresa ou entidade, esta poderá pleitear o sistema de recuperação apropriado, ou ter a sua falência decretada a pedido de credores ou dela própria.

CONCLUSÃO

Conforme se verifica, o tratamento dado pelo legislador ao tema sob enfoque não se resume à aparente simplicidade dos termos dos artigos 1º e 2º da Lei 11.101, de 2005. Pode-se dizer que o novel legislador atirou no que viu e atingiu o que não viu. Mas também que o mesmo legislador não atirou, mas mesmo assim acertou o que não viu.

Somente o tempo dirá a respeito do erro ou do acerto das colocações feitas pelo autor no presente capítulo, elaboradas ainda no rescaldo do incêndio que queimou definitivamente o vetusto Dec.-Lei 7.661, de 1945, o qual ainda não pode descansar em paz. Resta a certeza de que a nova lei trará muito mais surpresas do que poderia esperar o operador do direito.

Esperemos que os processos de recuperação não venham a sofrer o mesmo esvaziamento experimentado pela antiga concordata.

Todos os desvios indicados na análise ora finda poderão ser corrigidos com o advento da reforma do regramento legislativo dos setores expressamente afastados da aplicação da Lei 11.101, de 2005, conforme previsto em seu artigo 197 que, espera-se, não demore tanto tempo como aconteceu com a *lei-mãe*. Aliás, o Banco Central do Brasil fez chegar ao mercado a informação de que já está se "mexendo" para apresentar um pré-projeto no tocante às instituições financeiras.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio – *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa*, Dott. A. Giuffrè Ed., 3ª ed., Milão, 1962.
- BULGARELLI, Waldirio – *Tratado de Direito Empresarial*, Ed. Atlas, São Paulo, 1975.
- BUONOCORE, Vincenzo – "L'Impresa", in BUONOCORE, Vincenzo (org.), *Trattato di Diritto Commerciale*, G. Giapicchelli Editore, Turim, 2002.
- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros – *Comentários ao Código Civil- Parte Especial – Do Direito de Empresa* – Antônio Junqueira de Azevedo (org.), Ed. Saraiva, São Paulo, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa – *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Saraiva, São Paulo, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder – *Direito empresarial, estudos e pareceres*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.
- DE MARTINI, Ângelo – *Corso di Diritto Commerciale – Parte Generale*, Vol. 1, Dott. A. Giuffrè Ed., Milão, 1983.
- FERRARA JR., Francesco e CORSI, Francesco – *Gli Imprenditori e le Società*, Dott. A. Giuffrè Editore, 11ª ed., Milão, 1999.
- GALGANO, Francesco – "L'Impresa", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Vol. II, CEDAM, Pádua, 1978.

IRTI, Natalino - *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Rivista di Diritto Civile*", ano XLIII, n° 2, março-abril/1997.

_____ - "Teoria generale Del Diritto e Problema Del Mercato", in *Rivista di Diritto Civile* 1 / 2. Ano XLV. CEDAM, Pádua, janeiro-fevereiro/1999.

_____ - *L'Ordine giuridico Del Mercato*, Ed. Laterza, s/I, 1998.

MARCONDES, Sylvio - *Problemas de Direito Mercantil*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1971.

NUNES, António José Avelãs - "Os fisiocratas ou o início da Ciência Económica", in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

PEREIRA, João Batista - "Da Sociedade Cooperativa", in FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.), *O Novo Código Civil - Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, Ed. LTR, São Paulo, 2003.

SZTAJN, Rachel - *A Teoria Jurídica da Empresa*, Ed. Atlas, S. Paulo, 2004.

_____ - "Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil", in *Revista do Advogado* 71/93-98. Ano XXIII, AASP, São Paulo, agosto/2003.

REQUIÃO, Rubens - *Curso de Direito Comercial*, 24ª ed. (atualizada por Rubens Eduardo Requião), vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

VERÇOSA, Hatoldo Malheiros Duclerc - *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

_____ - "Atividade mercantil. Ato de Comércio. Mercancia. Matéria de Comércio. Comerciante", in *Revista de Direito Mercantil - RDM* 47/29-39, São Paulo, 1982.



Capítulo 2

DAS DISPOSIÇÕES COMUNS

Julio Kahan Mandel

Advogado especialista em Direito Falimentar, graduado pela PUC-SP

Sócio de Mandel Advocacia

Membro da Comissão da OAB/SP para estudos legislativos referentes à falência, concordata e recuperação de empresas em 2003

Diretor do MDA - Movimento de Defesa da Advocacia

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial - IBRADEMP



Capítulo 7

PODERES DA ASSEMBLÉIA DE
CREDORES, DO JUIZ E ATIVIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Alberto Camiña Moreira

Promotor de Justiça de Falências em São Paulo, SP

Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP