Doutrina

OS NOVOS HORIZONTES DO DIREITO CONCURSAL - UMA CRÍTICA AO CONTINUÍSMO PRESCRITO PELA LEI 11.101/2005

José Marcelo Martins Proença

 A ambiência social revisitada e resgatada. 2. Do mercador ao mercado. 3. O novo direito concursal.

1. A ambiência social revisitada e resgatada

Michel Foucault afirmava, nos anos 60 do século XX, ser o homem uma invenção recente, por não se tratar nem do mais antigo nem do mais constante objeto da preocupação do saber. Parafraseando Foucault, arriscamo-nos a dizer que só recentemente os homens conscientizaram-se da importância da ambiência social, imprescindível à sua sobrevivência.

Curioso, realmente, que, a despeito da evolução do pensamento, nunca totalmente interrompida ao longo de milênios, e do acelerado avanço científico e tecnológico da primeira metade do século XX, só na segunda metade desse século a preocupação com as interações sociais e com o meio ambiente instalou-se, em moldes consistentes e generalizados, na consciência humana. Com efeito, só a partir dos anos 50 do século XX os homens parecem ter-se dado conta do seu destino gregário e da sua condição de habitantes de um Planeta do qual ainda não vêem a possibilidade de migrar.

No tocante à preservação ambiental, explica-se a percepção tardia da sua necessidade por terem sido os recursos naturais explorados sem medida ou planejamento, até sua atual escassez e ameaça de esgotamento. Paralelamente, a malbaratada intervenção do homem no Planeta surtiu maléficos efeitos sobre o clima e a atmosfera, colocando em xeque a própria sobrevivência da sua espécie.

Quanto à atenção para o social, sofreu a repressão do individualismo, do culto à personalidade, presentes, conquanto assumindo feição ideológica e intensidade diversas, em todos os períodos da história da Humanidade. Afinal, o homem é, por natureza, egoísta, provavelmente porque ilhado em sua trajetória biológica, vale dizer, solitário no nascimento e na morte.

Contribuiu, todavia, para retardar a valorização do social, prevalecendo, talvez, relativamente a outros fatores, a hegemonia da informação e do conhecimento detidos e resguardados, a ferro e fogo, pelas elites dominantes — a *intelligentsia*, as lideranças religiosas, os detentores do poder político e econômico.

Em socorro de similar argumento, não parece despropositado trazer à colação o mais conhecido romance do escritor italiano Umberto Eco, *O Nome da Rosa*, levado, inclusive, às telas dos cinemas, com enredo alocado numa abadia medieval cuja maior riqueza residia no cabedal de informação de sua biblioteca, a cargo, sintomaticamente, de um monge cego. Este vigia-

va o trabalho dos copistas e assassinava quantos se atrevessem a consultar e reproduzir textos considerados proibidos.

Em suma – quer demonstrar Umberto Eco –, a informação, o conhecimento, ameaçam o poder, impedindo-lhe o exercício hegemônico, incontrolado. Em contrapartida, propagando-se a informação, difundindo-se o conhecimento, o poder fragmenta-se, passa a ser compartilhado e, por conseguinte, controlado.

Neste passo, vale rever, embora só de passagem, os conceitos de informação e conhecimento, caracterizando-se aquela como um dado qualquer, um código levado ao ser humano pela Natureza ou por outro ser humano ou outros seres humanos. Decifrado o código, produz-se a informação, e esta, uma vez absorvida, vivenciada. forma o conhecimento. Segundo Platão, o conhecimento fundamenta-se numa crenca verdadeira, porque justificada, donde sua intencionalidade; ou seja: enquanto a informação independe do sujeito a quem dirigida, o conhecimento demanda sua aceitação. Resumindo: a informação percebida, aceita e assimilada resulta em conhecimento.

Anote-se, agora, que tanto a informação quanto o conhecimento originam-se da comunicação, nela residindo o cerne da questão ora analisada. E nem se carece de erudição para reconhecer que a comunicação entre os seres humanos adquiriu lenta e gradual eficiência só a partir do século XX, intensificando-se nos anos seguintes à II Guerra Mundial.

Com efeito, Guttenberg aperfeiçoou a prensa móvel no século XV (1440), data tomada como marco inicial do desenvolvimento da imprensa, da comunicação pela palavra escrita. A despeito, no entanto, de algumas publicações pioneiras, como o sueco *Post-och Inrikes Tidningar*, de 1645, tido como o primeiro jornal do mundo, ainda em circulação, só mais de 300 anos depois, nos séculos XVIII e XIX, proliferam as publicações com o formato similar

ao dos jornais contemporâneos. Aliás, os jornais sinalizam sua posição de principal ferramenta das comunicações e elemento de transformação da consciência das sociedades ocidentais a partir da Revolução Industrial, no século XVIII, a tal impulsionados pelas convulsões sociais, sediadas principalmente na Inglaterra, decorrentes da cruel exploração do trabalho humano, oferecido em massa, em virtude da migração dos camponeses para os centros urbanos, em busca dos empregos praticamente extintos nas grandes propriedades rurais. Apenas como referência cronológica, vale apontar o início da circulação do Times de Londres, 1785.

Cumpre assinalar, por indispensável ao desenvolvimento da argumentação em curso, as dificuldades da comunicação pela escrita, começando por observar que o papel era, até 1845, artigo de luxo, só então barateado seu custo, em virtude do uso da pasta de madeira para sua confecção. A partir daí começa, lenta e gradualmente, a popularização do livro, das revistas e, mesmo, dos jornais.

Paralelamente, o analfabetismo opôsse e ainda se opõe à propagação das idéias e à informação dos fatos por via da escrita. Destacando tão-somente alguns aspectos do problema, cabe principiar com a tardia laicização do ensino, primordialmente voltado até o século XIX, ao menos no Ocidente, para a formação religiosa - diretriz, convenha-se, nada propícia ao alargamento dos horizontes da informação e, portanto, do conhecimento. Neste diapasão a oportuna advertência de Paulo Freire, nosso mundialmente conceituado educador: "A leitura do mundo precede a leitura da palavra, daí que a posterior leitura destanão possa prescindir da continuidade da leitura daquele". E explica, ele mesmo, que alfabetização e conscientização jamais se separam, pois todo aprendizado demanda a tomada de consciência, por parte do educando, da sua realidade. Encerrando este ponto, é importante relembrar que um

de cada cinco adultos no mundo ainda é analfabeto.¹

No que tange à comunicação por via sonora, bem mais eficaz para a formação do conhecimento que a palavra escrita, pois mais ágil e capaz de atingir maior público, fez-se possível graças à radiofonia, cujos primeiros passos ocorreram no fim do século XIX. Aperfeiçoados os sistemas de transmissão, a chamada "era do rádio" instaura-se na década de 1920, e por volta de 30 anos os programas radiofônicos consistiam no meio mais rápido e de mais largo alcance para a informação e o entretenimento.

Embora a transmissão dos jogos olímpicos de Berlim haja ocorrido já em 1936, a televisão populariza-se somente na década de 1950, mas somente em 1962 inauguram-se as transmissões por satélite, uma conquista para as comunicações advinda da denominada corrida espacial, travada entre os Estados Unidos da América e a União Soviética ao longo dos anos 1950 e 1960. Finalmente, em 20.7.1969 milhões de telespectadores assistiram, em tempo real, à chegada do homem à lua.

Enfim, a partir da "era do rádio" as ferramentas de comunicação evoluíram em largos saltos, chegando, no final do século XX e princípio deste século, ao milagre da *Internet*, capaz de propiciar o contato audiovisual imediato entre pessoas que estejam a qualquer distância e em qualquer ponto do Planeta.

Em suma, a informação e, por conseguinte, o conhecimento massificaram-se, tornando quase impossível a ocultação, por parte dos detentores do poder, de fatos de interesse geral. Espraiou-se a informação, difundiu-se o conhecimento, os indivíduos perceberam os mecanismos do poder, e este se diluiu.

Outra vez parafraseando Foucault, só recentemente o conhecimento fez o homem eleger-se em principal objeto do seu próprio saber, levando-o, igualmente, a pensar a sociedade como um organismo do qual faz parte. E, assim como sabedor das catástrofes em que consistem as reações da Natureza às agressões ao meio ambiente, também percebeu as nefastas respostas das sociedades à forma como maltratadas as interações sociais, passando, então, a reivindicar dos governantes, mormente dos legisladores, medidas hábeis para a superação de similares impasses. É justamente nesse ponto que se insere a crítica à limitação subjetiva prescrita pela Lei 11.101/ 2005, ao continuísmo constante na Lei de Recuperação de Empresas e Falência, objeto do presente artigo.

Apenas num parêntese, não se afigura despropositado enxergar no homem dos nossos dias o arquétipo do zoon politikon aristotélico, não apenas um ser de vocação gregária, mas um ser político no mais amplo sentido, o habitante da polis, da cidade grega, a exemplo de Esparta e Atenas, bases da civilização ocidental. Repisando o ponto, graças à eficiência da comunicação, o homem contemporâneo tende a inserir na sua esfera de interesses pessoais, da sua família, da sua comunidade, da sua Nação, todo e qualquer fato vinculado à dinâmica societária, consciente de que, mediata ou imediatamente, virá interferir no seu cotidiano.

Oportuno afastar, neste passo, qualquer conotação ética, moral ou religiosa da argumentação acima, pois não se quer afirmar tenham os homens perdido qualquer traço de egoísmo, amando-se uns aos outros independentemente de credo, raça ou nacionalidade. Desmentindo similar visão ingênua, aí estão os conflitos religiosos, étnicos e de ordem econômica, assolando inúmeras regiões do Planeta.

^{1.} No dia 8.9.2009, Dia Mundial da Alfabetização, a Organização para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), ligada à ONU, publicou um relatório sobre a situação mundial do analfabetismo, revelando que cerca de 4 bilhões de pessoas sabem le escrever mas, de outro lado, 20% da população mundial – ou seja, 875 milhões – ainda são constituídos de analfabetos.

Por outro lado, ainda medram, principalmente na órbita econômica, ações que denunciam a atualidade do Leviatã de Thomas Hobbes, ou seia, o homem ainda pode agir como lobo do próprio homem (homo homini lupus). Tome-se para exemplo o "golpe" da ordem de bilhões de Dólares. descoberto em 2008, concebido e aplicado por Bernard Madoff, ex-Presidente da NASDAO, contra pessoas físicas e fundos de investimento. E, também nos Estados Unidos da América, a verdadeira pilhagem do mercado levada a efeito pelas empresas de crédito imobiliário por via de empréstimos hipotecários de alto risco que redundaram em generalizada inadimplência, funcionando como gatilho da atual crise financeira de proporções mundiais.

Em virtude da agilidade das comunicações, no entanto, a fraude de Madoff chegou ao conhecimento do mundo, servindo, com certeza, para alertar os investidores, freando-lhes a ganância da busca do lucro imediato e fácil.

No tocante à crise, foi alvo de medidas saneadoras adotadas, com presteza, pelos governos, o que – parece-nos – lhe impediu o avanço e a amplitude, como até se esperava, do desastre de 1929.

Em suma, longe se encontra a Humanidade do patamar da quinta-essência. Indubitavelmente, porém, à custa da informação, do conhecimento, adquire, embora lentamente, a consciência de que o indivíduo não se basta a si mesmo, é parte do organismo societário, dele dependendo sua sobrevivência, seu bem-estar – donde a necessidade de manter o equilíbrio das relações sociais, assim como se cuida da preservação do meio ambiente.

Interagindo permanentemente com a realidade social, v.g., transformando-a e sendo por ela transformado, o Direito moderno, de tendência marcadamente publicista, espelha essa nova feição da consciência do homem contemporâneo.

Não por outro motivo, a publicização do Direito, hoje uma realidade, acompa-

nhou, pari passu, a evolução – na verdade, revolução – na área das comunicações. Nesse sentido, observe-se que a discussão política acerca da proteção ao meio ambiente acentua-se na década de 1960, simultaneamente ao início das transmissões televisivas por satélite – em 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, ocorre a I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente.

Em torno dessa mesma época os legisladores de vários países editam normas sobre a matéria, tratando de prevenir e reprimir as agressões ao clima, aos recursos naturais, à ecologia. No Brasil publica-se a Lei 6.938, em 31.8.1981, assentando a Política Nacional do Meio Ambiente.

No âmbito do direito civil o traço mais significativo desta comentada tendência publicista reside na função social atribuída à propriedade privada, gerando restrições impostas ao seu uso, gozo e fruição.

Harmonizando-se com o ordenamento constitucional instaurado em 1988, nosso novo Código Civil - Lei 10.406, de 10.1.2002 - condiciona o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, vedando, a quem o detenha, o desrespeito ao meio ambiente bem como ao patrimônio histórico e artístico (§ 1º do art. 1.228). E vai mais longe o comentado estatuto, proibindo, expressamente, o uso da propriedade para ocasionar prejuízo a terceiros (§ 2º do mesmo artigo). Tais normas - vale frisar - inexistiam no Código de 1916, que se limitava, em seu art. 524, a assegurar os direitos do proprietário.

À guisa de mera ilustração do texto, oportuna a invocação da sabedoria dos romanos, traduzida no aforismo: Dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur (enquanto a razão do Direito o permitir, "Domínio é direito de usar, gozar e abusar de sua propriedade"). Admirável, sem dúvida, a atemporalidade do ensinamento romano,

quando se entende que a razão do Direito se coaduna com a razão social – ambas, hoje, claramente publicistas, no sentido de voltadas aos anseios e necessidades sociais.

E o direito comercial, cujos princípios e normas se atinham a um dos fatos sociais mais relevantes, a mercancia, não ficou alheio a tal orientação publicista: abandona seu feitio corporativista, atentando, hoje, para o mercado, e em função dele moldando seus ditames.

2. Do mercador ao mercado

Como acima afirmado, a atividade mercantil assumiu, sempre, papel social relevante, em princípio como fator de geração de riqueza e, conseqüentemente, de prosperidade, não só para o comerciante, mas para sua comunidade. Simultaneamente, contudo, o mercador, exercitando seu ofício, miscigenou culturas, patrocinou as artes – em resumo, promoveu, desde os mais remotos dias, o intercâmbio socioeconômico.

Figura lendária, o veneziano Marco Polo, que viveu entre meados do século XIII e início do século XIV, protagoniza bem a figura do mercador de seu tempo, um misto de comerciante, embaixador e aventureiro. A ele se devem, quiçá, as mais antigas e consistentes informações acerca da Ásia, eis que foi um dos pioneiros na exploração da "Rota da Seda", percurso de 7.000km entre a Península Itálica e o centro da China.

Oportuno referir, aqui, o papel das cidades italianas relativamente ao Renascimento, pois, controlando o comércio no Mediterrâneo, plantaram comunidades abastadas, dotadas de recursos hábeis para financiar e, portanto, atrair cientistas, artistas, filósofos.

Cronologicamente situado, pela maioria dos historiadores, entre os fins do século XIII e meados do século XVII, o Renascimento brotou na Toscana, ao menos sob o aspecto cultural, tendo como principais

centros Florença e Siena, daí espraiandose pela Península Itálica e pela Europa Ocidental. Recuperando os postulados da cultura greco-romana, traduziu-se em avanços culturais, econômicos e políticos, donde se entender que assinala o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna.

Antes, contudo, visando a se libertar das amarras do direito canônico, inclinado a repudiar a mercancia, até pela norma do Deuteronômio, proibitiva da usura, os comerciantes uniram-se, criando sua própria dentre as conhecidas corporações medievais. Conquistaram, assim, tal poderio político que em algumas regiões os estatutos das corporações mercantis confundiam-se com as normas estatutárias das cidades. O fenômeno destacou-se nas prósperas cidades italianas, mormente Veneza, Florença e Gênova, e alcancou a Europa Ocidental. afirmando-se especialmente em territórios fragmentados, propícios à fragilidade dos soberanos.

Observe-se que os romanos não formataram, em moldes sistêmicos, normas voltadas à regulamentação do comércio, até por ser uma atividade exercitada, via de regra, por estrangeiros, tida como degradante e, por isso, vedada mesmo, em certa época, a senadores e patrícios.

Exatamente do cadinho de normas corporativas, informadas em práticas e costumes mercantis e integradas pela jurisprudência dos cônsules — juízes designados pelas corporações para dirimir questões de seu interesse —, emergiu o direito comercial, inicialmente focado no mercador, aquela pessoa filiada a uma corporação mercantil.

Em suma, nas cidades medievais, originadas e conduzidas à prosperidade em virtude de suas feiras, de seus mercados, situa-se o ponto de partida do que hoje consiste no direito comercial, defendido como um ramo autônomo do Direito, cujas normas de início assumem — e não poderia ser diferente — cunho subjetivista, porque direcionadas aos filiados às corporações.

Tal enfoque subjetivista do direito comercial manteve-se no período denominado *mercantilista* da história econômica, quando o comércio foi alçado à condição de principal atividade econômica, incumbida da expansão dos mercados produtores e consumidores de matéria-prima.

Adotada pela maioria das Monarquias européias, pois lhes permitiu o fortalecimento, a política econômica mercantilista ficou marcada na França pelas ações de Jean Batiste Colbert, superintendente das finanças de Luís XIV, tanto que denominada de colbertismo a vertente francesa do mercantilismo, caracterizada pelo estímulo às exportações e restrição às importações, em prol de uma balança comercial favorável.

Sob o comando de Colbert – anota o professor Rubens Requião –, publica-se, em 1673, o Código de Savary, considerado o primeiro Código Comercial moderno, com normas orientadas pelo subjetivismo, mas já caminhando em direção ao objetivismo.²

Fundada na teoria dos atos de comércio, a diretriz objetiva do direito comercial surge por força da diversificação dos negócios envolvidos na circulação da riqueza, merecendo referência especial a atividade dos bancos, as letras de câmbio, os seguros. O direito comercial desloca, então, seus comandos, da pessoa do comerciante para sua prática, consubstanciada nos atos definidos como "de comércio" — donde a assertiva de Giuseppi Ferri: "Comerciante não é mais aquele inscrito na matricula mercatorum, mas aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio".³

A maioria dos doutrinadores considera definitivamente inaugurada a fase objetiva com a publicação do Código Napoleônico em 1807, cujas regras fundamentam-

se, declaradamente, na teoria dos atos de comércio.

Não parece despropositado assinalar a influência do Liberalismo relativamente a essa comentada diretriz do direito comercial, pois tal revolução do pensamento, situada entre meados do século XVIII e ao longo do século XIX, resultou em profundas transformações sociopolíticas, servindo para retratá-las a Revolução Francesa, que - admita-se como referencial cronológico - se iniciou em 1789 com a queda da Bastilha. Realmente, os ideais iluministas de Voltaire, de Montesquieu e de Rousseau, principalmente deste último, construíram a bandeira política da Revolução Francesa, Liberté, Egalité, Fraternité. Contrapondo-se à origem divina do poder monárquico, Rousseau embasava a autoridade dos governantes num contrato socialmente firmado com os governados, pregando Montesquieu a tripartição dos Poderes estatais, medida hábil para impedir o arbítrio ilimitado do Executivo - no caso, o monarca absolutista. Enfim, afirmava-se a liberdade individual, pregando-se a limitação constitucional dos governantes e a igualdade de todos perante a lei, rechaçando-se as prerrogativas da Nobreza.

A tais ideais libertários fundiu-se o pensamento de economistas, Adam Smith e David Ricardo entre os mais conhecidos, atribuindo ao mercado capacidade de autoregulação — entendimento diametralmente oposto ao intervencionismo estatal peculiar ao mercantilismo.

A resposta do direito comercial, descamisando-se do corporativismo para alvejar, com suas regras, os atos de comércio, reflete o ideário liberalista político e econômico.

Como pedra-de-toque para delimitação do campo do direito comercial, no entanto, a teoria dos atos de comércio redundou, sempre, em verdadeiro calcanhar de Aquiles, em face da sua dificuldade conceitual. No dizer do professor Rubens Requião: "Para muitos autores essa dificulda-

^{2.} Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 16ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 11.

^{3.} Giuseppe Ferri, Diritto Commerciale, Turim, UTET, 2006, p. 922.

de, se não impossibilidade, resulta diretamente na circunstância de não ser científica a *dicotomia* do direito privado, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional".⁴

Por não interessar, de perto, ao alvo da presente análise a delimitação do campo do direito comercial, vale passar, sem maiores indagações, da teoria dos atos de comércio para a moderna visão empresarial, acompanhando a lúcida conclusão da professora Paula A. Forgioni: "De um direito medieval de classe ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado".5 Conclui a autora: "Fomos 'do ato à atividade'. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: 'ato, atividade, mercado'. Eis a linha de evolução do direito comercial".6

Embora ancorado o presente estudo na esfera normativa do direito comercial. vale abandonar as indagações a ela pertinentes, para enxergar o mercado sob o prisma mais vasto da economia, reconhecendo-lhe, como um todo, o caráter de instrumento do desenvolvimento social e, portanto, do bem-estar societário, do pleno exercício de cidadania. Com efeito, só um mercado próspero gera recursos para as medidas governamentais, e até para as ações privadas, voltadas à concretização dos direitos humanos ou do cidadão, nas áreas da saúde, educação, segurança pública, presteza e eficiência dos serviços públicos, principalmente da justica, etc.

4. Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, cit., 16ª ed., vol. 1, p. 12.

A propriedade privada, segundo ensina – e bem – o professor Fábio Konder Comparato, antes sempre justificada como forma de proteção do indivíduo e de sua família, provendo-lhes a sobrevivência e a subsistência, cedeu lugar a meios mais eficientes para tanto, como a garantia de emprego e salário justo, a previdência relativa à saúde, o subsídio à educação, à moradia, ao transporte, ao lazer.⁷

Por isso, o direito positivo consagra a função social da propriedade, inclusive e principalmente se ligada aos meios de produção. Sobre a matéria, procede invocar, novamente, as lições do professor Comparato: "Ouando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário". Ao invés - esclarece o professor -, a expressão sob comento traduzse, enquanto função, no poder conferido ao proprietário de vincular o bem a um certo objetivo que, dito social, conformar-se-á não ao seu interesse, próprio, mas ao da comunidade. E conclui: "(...) se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica".8

Perseguindo a linha-mestra do raciocínio desde o princípio desenvolvido, urge afirmar, em boa companhia, ser a feição atual do Direito um reflexo do conteúdo da nova consciência humana, que, gerada pela amplitude e eficiência da informação, desvia a atenção da propriedade, como primeira e definitiva garantia do bem-estar individual e familiar, para a exigência de políticas públicas tendentes a assegurar a estabilidade e o desenvolvimento do mercado, em prol da melhoria do ambiente social. Nesse sentido a assertiva do professor Eros Grau, buscando o aval de von Ihe-

^{5.} Paula Forgioni, O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado, tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008, p. 104.

^{6.} Idem, p. 105.

Fábio Konder Comparato, "Função social da propriedade dos bens de produção", RDM 63/73, São Paulo, Ed. RT.

^{8.} Idem, p. 75.

ring: "O Direito, como observou von Ihering, existe em função da sociedade - e mais uma vez o repito -, existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele (...) é, o Direito, um nível da realidade social".

A consciência social contemporânea. conforme aventado, atraiu o mercado e. por corolário, seus agentes para sua esfera de interesses; por isso, reivindicou e obteve do legislador normas hábeis para ensejar a recuperação financeira de empresas e empresários defrontados, circunstancialmente, com impedimentos à satisfação de suas obrigações com credores, sejam eles empregados, fornecedores, a Fazenda res, hábeis para satisfazer os interesses de um grupo de credores, não servem ao merna atuação dos seus agentes o seu escopo maior.

reito abre espaço para a recuperação, judicial e extrajudicial, de agentes econômicos ameaçados de insolvência, em crise econômico-financeira, harmonizando-se. portanto, com a atual relevância sociopolítica do mercado e, por consequência, de seus agentes.

Compete, então, ao direito comercial - parafraseando a professora Paula Forgioni - "extrapolar suas fronteiras tradicionais, acentuando seu entremeio com a implementação de políticas públicas. Revelase seu papel determinante na configuração das feições do mercado, indo além da mera disciplina da atuação dos agentes econômicos".10

mercial restringir-se, em suas disciplinas, à regulação da atividade empresária. Mais

Pública ou instituições financeiras. Com efeito, as soluções meramente falimenta-

cado como um todo, eis que este deposita Ao sabor de tais circunstâncias, o Di-

Nessa esteira, não deve o direito co-

que isso, deve atentar para questões afetas a não-empresários, também atuantes no mercado, implicando a superação da discussão sobre a dicotomia entre direito civil e direito comercial 11

Decorrente dessas idéias e argumentos nota-se a tendência doutrinária de defender como correta a expansão subjetiva de aplicação da lei concursal. 12 Contudo, a

11. Antigas e, ao mesmo tempo, modernas são as discussões sobre a conveniência da unificação do direito privado. Argumentos de lado a lado se repetem no decorrer das décadas. Sem, evidentemente, ter a intenção de dissertar sobre o assunto, mas entendendo que os clássicos argumentos de Inglez de Souza serão úteis para defender a necessária alteração da legislação concursal brasileira, passa-se a transcrevê-los: "A desigualdade de tratamento de pessoas que exercem funcções sociaes de evidente analogia é um dos principaes inconvenientes da dichotomia do direito privado (...). Nosso sistema agricola, o trabalho dos estabelecimentos mais importantes, tem o feitio de uma especulação commercial e só em pormenores se distingue de qualquer manufactura, sem affectar a essencia mercantil do acto, que por preconceito se lhe nega" (Projecto de Código Comercial, pp. 5 e ss., apud Paula Forgioni, O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado, cit., p. 111).

12. "Según dispone el art. 1.1 LCon, 'la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor sea persona natural o jurídica', es decir, respecto de todo deudor común, unificándose, así, el tratamiento de los deudores comerciantes y no-comerciantes y superándose las viejas polémicas dogmáticas que el anterior régimen concursal suscitaba en torno a cuándo se debía acudir a los procesos concursales mercantiles de quiebra o suspensión de pagos y cuándo a los civiles de concurso de acreedores, o que quita y espera, en función de la condición empresarial o no del deudor. Se produce, pues, un importante avance por la mejor doctrina, al resultar irrelevante la condición de comerciante del deudor a los efectos de la declaración de concurso, pero sin que ello suponga olvidar las particularidades que la propia LCon introduce a lo largo de su articulado para el caso de que el concursado ostente la cualidad de empresario" (Manuel Pino Abad, Professor Titular de Direito Mercantil da Universidade de Córdoba, "La legitimación pasiva de las sociedades mercantiles no inscritas para ser declaradas en concurso", in Juan Ignacio Peinado García e Francisco Javier Valenzuela Garach (coords.), Estudios de Derecho Concursal, Barcelona/Madri, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén e Marcial Pons, 2006, p. 416).

^{9.} Eros Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1988, p. 182.

^{10.} Paula Forgioni, O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado, cit., p. 110.

2211121-1111/A DOUTRINA II AG ATEMAR 55

falência e os processos de recuperação de empresas para solução de crises econômico-financeiras nos termos da Lei 11.101/2005 são exclusivos de empresários e sociedades empresárias. O próximo tópico explorará a questão, defendendo residir nessa restrição subjetiva o principal equívoco do legislador nacional.

3. O novo direito concursal

Cabe principiar este tópico discorrendo sobre aspectos conceituais do concurso de credores, mormente no tocante ao seu significado como objeto de normas jurídicas.

Rica em idéias e de lógica impecável, serve bem a este escopo a argumentação do professor espanhol Juan Ignacio Peinado García, ¹³ invocando a teoria dos jogos de John Nash Jr., que, embora um matemático, por sua formulação foi premiado com o Nobel de Economia em 1994.

Abrindo um parêntese, convém traduzir, em linhas gerais e para leigos, a propositura de Nash: como num jogo, quando o planeiamento das iogadas de uma equipe deve levar em conta as reações dos adversários, as decisões de empresários, a serem transformadas em acões no mercado, devem antecipar as reações dos concorrentes. Nash articula uma metodologia de tomada de decisões, condicionando-lhes o êxito ao equacionamento das respectivas ações e reações dos concorrentes, de sorte que se obtenha um algoritmo indicativo da deliberação adequada para a situação. Em suma, as opções de ações no mercado não são independentes, correspondendo a qualquer delas uma resposta da concorrência, condicionando-se, portanto, os ganhos de todos a uma cadeia de acões e reacões tendentes a um resultado denominado "Equilíbrio de Nash".

À guisa de chiste, mas também para demonstrar como as descobertas e conclusões geniais não raro relacionam-se com crenças e práticas reinantes no senso comum, não parece heresia mencionar a pergunta habitualmente feita pelo jogador de futebol Manuel Francisco dos Santos, o nosso famoso e inesquecível Garrincha. aos treinadores, quando estes traçavam a mecânica das jogadas - zagueiros aqui, atacantes ali etc. Garrincha, que apelidava de "João" seus marcadores dos times adversários, costumava retrucar, segundo noticiam jornalistas da época: "Avisaram os Joões?". Ou seja, eles estão sabendo como devem se comportar para viabilizar a estratégia do treinador?

Deixando o prosaísmo sábio de Garrincha e voltando à teoria dos jogos, uma de suas vertentes propõe a cooperação, ao invés da competição, nas situações de disputa por recursos escassos, como acontece quando credores buscam a satisfação de seus créditos por parte de um devedor insolvente.

Precisamente a essa vertente da teoria de Nash, portanto, o professor Peinado García aproxima o concurso de credores. asseverando que só a cooperação entre eles conduzirá a um melhor resultado para todos, pois dependente seu ressarcimento de uma fonte escassa, o patrimônio do devedor insolvente. E, para bem esclarecer seu raciocínio, indaga: "Por que Buffalo Bill não caçava vacas?". E responde que estas se acham resguardadas pelo direito de propriedade, enquanto os búfalos, como tantos outros bens comuns, ficam expostos à exploração predatória e, por conseguinte, destinados a extinção. A solução do impasse reside em definir a propriedade de tais bens, estimulando um comportamento cooperativo entre os titulares. A exemplo dos bens comuns, o patrimônio do devedor insolvente é escasso e, caso não ordenado o comportamento dos credores pelo Direito, fica exposto à pilhagem destes, extinguindo-se, com prejuízo de todos ou da maio-

In Juan Ignacio Peinado García e Francisco Javier Valenzuela Garach (coords.), Estudios de Derecho Concursal, cit., pp. 14-39.

ria. A função do direito concursal consiste em determinar a propriedade dos bens do insolvente, respeitada a situação anterior à instalação do concurso ou a decorrente das regras pertinentes a este.¹⁴

Por fim, arremata o doutrinador espanhol: "La declaración de concurso supone someter coactivamente el interés individual de cada acreedor, en competencia con los restantes, a un interés común de todos los acreedores, en coordinación o cooperación entre dichos acreedores. (...). No existe una sociedad, ni una asociación, sino una comunidad de intereses de creación legal".

Combinados os ensinamentos do professor Peinado García com a linha de raciocínio até aqui seguida, inevitável concluir que o algoritmo a ser buscado pela legislação pertinente ao concurso de credores há de ser aquele que concretize o equilíbrio entre os interesses destes, do devedor e do *mercado*, que engloba não só os interesses dos envolvidos no concurso, mas os dos seus demais agentes.

Neste ponto, relembre-se o que foi defendido no intróito deste artigo – a tendência publicista reside na função social atribuída à propriedade privada, gerando restrições impostas ao seu uso, gozo e fruição.

Da mesma forma, atente-se ao quanto defendido na segunda parte, no sentido de que o Direito abriu espaço para a recuperação, judicial e extrajudicial, de agentes econômicos ameacados de insolvência. harmonizando-se com a atual relevância social e política do mercado e, por consequência, de seus agentes, devendo o direito comercial extrapolar suas fronteiras tradicionais, atuando nas feições do mercado, indo além da mera disciplina da atuação dos agentes econômicos, não devendo, assim, restringir-se à regulação da atividade empresária. Mais que isso, deve atentar para questões afetas a não-empresários. também atuantes no mercado.

Por isso, vale o risco da assertiva: as modernas legislações sobre o concurso de credores prevêem a recuperação judicial e extrajudicial de devedores insolventes sem a estreiteza subjetiva adotada pelo legislador brasileiro.

Perfilhando entendimento superado, nossos parlamentares, responsáveis pela aprovação da Lei 11.101/2005, ao invés de atentar para a inclinação majoritária da doutrina jurídica contemporânea, podendo até espelhar-se no exemplo da legislação espanhola sobre a matéria — *Ley* 22, de 9.7.2003, que, salvo a dos entes públicos, abarca em sua esfera subjetiva regulatória todas as hipóteses de insolvência, ¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷

15. Consta da sua "Exposição de "motivos": "La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no-comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevanza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación".

16. Trata-se do art. 1º da lei: "Presupuesto subjetivo. 1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes

de derecho público".

17. Há outros bons exemplos. Na Alemanha, com a *Insolvenzordnung*, de 1994, o procedimento de insolvência aplica-se ao devedor independentemente de seu caráter civil ou comercial. "La Ley de Insolvencia de 5.10.1994, cuya entrada en vigor se ha llevado a cabo en enero/1999. (...). Se entiende que a cualquier deudor (persona física o jurídica) le es de aplicación este procedimiento". Na França há regra similar desde 1985: "Hemos de subrayar que el fundamento y la finalidad del derecho de quiebras francés se encuentra en la ley de 25.1.1985 (...), que si bien ha sido reformada en 1994. (...). En lo referente al presupuesto subjetivo – no modificado en 1994 –, viene dado por el art. 2 de la Ley 85-98, de 25 de enero, al disponer que el arreglo y la liquidación ju-

preferiu limitar sua aplicação, consoante expresso no seu art. 1º, aos empresários e às sociedades empresárias.

De fato, nossa Lei de Recuperação de Empresas e de Falência destina seus arts. 1º e 2º ao campo de sua aplicação, nos termos seguintes: "Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor" (art. 1º), não se aplicando à: "I - empresa pública e sociedade de economia mista; II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores" (art. 2º).

Verifica-se, portanto, com clareza solar, que o legislador prescreveu como suscetíveis aos efeitos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência apenas os empresários (pessoas físicas e jurídicas), com exceção daqueles enumerados no art. 2º (empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras etc.).

Não se deve entender, contudo, que estão excluídas da submissão à nova legislação apenas as pessoas enumeradas no art. 2º, uma vez que o art. 1º estabelece uma limitação de sua incidência ao disciplinar "a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária". Estão excluídos, portanto, da nova legislação, além dos empresários enumerados no art. 2º, todos os que não sejam empresários (sociedades simples, cooperativas, associações, fundações etc.). 18

dicial le son aplicables a todo comerciante (empresario), artesano, agricultor y toda 'persona moral' de derecho privado" (trechos extraidos do El Convenio de Continuación como Medio de Protección del Crédito en los Procedimientos Concursales, de Isabel Candelario Macías, Granada. Editorial Comares, 1999).

18. No mesmo sentido o entendimento do professor Newton De Lucca, que destaca não estarem Assim, pela análise do art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, todos os não-empresários (incluindo aí, exemplificativamente, as sociedades simples e as cooperativas¹⁹) não são destinatá-

57

as sociedades simples sujeitas ao regime da nova lei: "Admitir-se tal possibilidade, a meu ver, seria ir de encontro à sistemática do novo Código Civil, o qual, como vimos, faz uma radical distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples. Assim, a despeito dos que pensam em sentido contrário, não vejo como as sociedades simples possam submeterse, igualmente, ao regime da NLF, seja porque o art. 1º não as contemplou, nem expressa, nem implicitamente - referindo-se apenas, conforme foi visto, a 'empresário' e a 'sociedade empresária' -, seja porque, conforme igualmente foi verificado, a admissão de tal possibilidade contrariaria inteiramente a lógica adotada pelo Código Civil pátrio ao fazer, para diversos efeitos, a distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples" (Newton de Lucca, coord., Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 73).

19. O deputado Osvaldo Anicetto Biolchi entende que as cooperativas podem utilizar a recuperação judicial, nos seguintes termos: "O objetivo da recuperação judicial, instrumento introduzido pela nova Lei de Recuperação de Empresas, é, conforme o art. 47, 'viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores'. Nos 14 anos de discussão, muitas foram as versões dadas ao texto da nova lei. Na versão aprovada pela Câmara dos Deputados em outubro/2003 havia exclusão expressa das sociedades cooperativas. Porém, o Senado retirou a vedação do texto, mantendo-a apenas em relação às cooperativas de crédito, pois estas têm fiscalização direta do Banco Central e, ao se inserirem no mercado financeiro, submetem-se a um regime jurídico especialíssimo no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações. Assim, entendese que a aplicação da recuperação judicial às sociedades cooperativas é uma alternativa juridicamente possível, economicamente viável, historicamente adequada e, sobretudo, socialmente necessária" ("A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências", Revista do Advogado 83/13, São Paulo, AASP, 2005). Nessa mesma Revista, em sentido contrário, Paulo Penalva Santos ("A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências", Revista do Advogado 83/110) entende que as sociedades cooperativas, independentemente de seu objeto, são sociedades simples, e por isso não podem beneficiar-se da recuperação judicial ou da extrajudicial, nem estão sujeitas ao processo falimentar.

rios das prerrogativas nela constantes. Em outras palavras, a atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas em nosso País, ainda apresentando resquícios de uma fase subjetivista do direito comercial, não demonstrou preocupação com a manutenção da fonte produtiva de agentes econômicos não-empresários, dos empregos por eles mantidos, pela sua função social, dentre tantos outros atributos que poderiam ser enumerados.

Aí talvez resida, a nosso ver, a principal crítica que se deve fazer à Lei 11.101/2005. Se os não-empresários podem figurar como relevantes agentes econômicos, por que eles devem ser excluídos da possibilidade de pleitear a recuperação da sua atividade por motivo de crise econômico-financeira? A exclusão dos não-empresários das prerrogativas constantes da legislação em comento não parece condizente com os objetivos perseguidos por ela, estampados no relatório do Senado quando do seu trâmite legislativo.²⁰ Há real motivo para não permitir que uma sociedade

 Constam no relatório do Senado, de lavra do senador Ramez Tebet, como princípios do Projeto do qual derivou a Lei 11.101/2005, dentre outros que poderiam ser citados: (a) preservação da empresa, como fundamento do próprio Projeto, leva em conta a função social da empresa, que deve ser preservada sempre que possível, "contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País"; (b) proteção aos trabalhadores - os trabalhadores devem ser protegidos, com a precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, e devem ter instrumentos, na manutenção da empresa, capazes de preservar seus empregos e criar novas oportunidades àqueles que se encontram desempregados; (c) redução do custo do crédito no Brasil - a classificação de créditos na falência deve fazer com que haja a preservação das garantias; (d) participação ativa dos credores - os credores não podem ser meros espectadores; deverão participar ativamente dos processos de falência e de recuperação; (e) maximização do valor dos ativos do falido - "A lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda de empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis".

simples ou cooperativa, ou mesmo uma fundação educacional ou associação desportiva, representantes de relevante atuação no mercado, empregando milhares de pessoas, devedoras de um contingente relevante de credores, atuantes no mercado creditício, não se beneficiem dos dispositivos da Lei 11.101/2005, repise-se, com vistas à manutenção da fonte produtiva, dos postos de trabalho, da posição ativa dos credores? Há algum argumento que retire dos agentes de mercado (verdadeiro campo ou delimitação do direito comercial, como defendido no tópico anterior) não-empresários a sua função social? Ou, ao contrário, fundações privadas (escolas, hospitais etc.), associações (desportivas, médicas, educacionais), dentre outras, são ainda mais responsáveis para o nosso desenvolvimento econômico e social - e. portanto, detentoras de uma ainda maior função social? Será que os patrimônios privados das não-empresárias associações e fundações hospitalares e educacionais, das cooperativas varejistas e de crédito, não estão vinculados a certo objetivo que. dito social, conformar-se-á não aos seus interesses, próprios, mas aos da comunidade (ainda com mais alcance do que se prega para o patrimônio dos empresários)? Relembre-se o escólio do professor Comparato: "(...) se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica".21

Em outras palavras, entendemos que, como um dos objetivos da lei em comento é a preservação da atividade produtiva, esse objetivo deve, em razão de sua função social, sempre que possível, ser buscado, por ser gerador de riqueza, de emprego, de renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico e social do País.

^{21.} Fábio Konder Comparato, "Função social da propriedade dos bens de produção", cit., RDM 63/75

Sustentar o contrário é manter-se inerte frente às profundas modificações sociais e econômicas rapidamente tratadas nos tópicos anteriores; é manter estabilizada a superada licão clássica de empreender major rigor no tratamento do empresário por socorrer-se ele do crédito. Não há como se negar a semelhante atuação (econômica) de associações, fundações, em determinados mercados, com suas concorrentes sociedades empresárias. Todas elas se socorrem do crédito. Ainda para sustentar a semelhança entre os empresários e os não-empresários agentes econômicos, todos eles podem estar inseridos no mesmo mercado relevante, para fins de aplicação da lei da concorrência.22

22. Tecendo críticas à especialidade do direito falimentar italiano, Angel Rojo, em seu artigo denominado "La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (un apunte de Derecho Comparado desde una perspectiva española)", defende: "En Alemania y en Espana el derecho concursal es un 'derecho abierto'; en Italia - fiel a la historia - es un 'derecho restringido', por cuanto que se exige una condición subjetiva determinada. La pregunta que queda en el aire es la de si subsisten razones para mantener la especialidad del diritto fallimentare. Las explicaciones - basadas en el 'mayor rigor' con que debe ser tratado quien como el empresario recurre al 'crédito' en el ejercicio de la actividad industrial, comercial o de servicios han perdido consistencia. Por supuesto, en una 'concepción moderna' de la función primaria del 'concurso' (desligado ya de la idea de una 'ejecución colectiva', que sólo emergería si hubiera liquidación), es la existencia de un deudor común titular de un patrimonio insuficiente (o suficiente pero ilíquido), y no las características de ese deudor, el dato que debe tomar en consideración el legislador a la hora de permitir o de negar el acceso al procedimiento. La progresiva 'empresarialidad material' del ejercicio de las profesiones (no-'mercantiles') y la contradicción que, en la coherencia del sistema, supone el imparable fenómeno de la 'empresarialidad (o mercantilizad) formal' (como el recurso masivo de los profesionales a los tipos sociales mercantiles cuando la ley no lo prohíbe o limita) deberían constituir un acicate para superar la 'concepción mercantil' del procedimiento concursal que continúa estando presente en la legislación italiana" (Anuario de Derecho Concursal 10, 2007-1, Editorial Aranzadi, p. 323).

Não parece correto, destarte, excluir as sociedades simples e as cooperativas, dentre inúmeros outros agentes econômicos não-empresários, da destinação das regras constantes da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Pregando a preservação da atividade, a manutenção das fontes produtoras e dos postos de trabalho, todos de relevante interesse social, não somente as chamadas atividades empresárias deveriam ser destinatárias das prerrogativas citadas. Equivocada a opção legislativa constante da Lei 11.101/2005 no seu aspecto subjetivo. Equivocada a delimitacão da aplicação da lei em descompasso com a evolução do direito comercial, como defendido no item 2 deste artigo.

A questão, a bem da verdade, não é nova. Em artigo publicado originalmente em 1913, Carlos Castex Filho²³ defende que restringir o instituto da falência aos comerciantes, "sob o preconceito infundado de ser eminentemente commercial, tal como lhe imprimiu pela primeira e com rara infelicidade o Código Commercial Francez de 1807, é um anachronismo, é uma injustiça clamorosa, quando é certo que as mesmas necessidades econômicas e as mesmas formas jurídicas penetram o direito civil e o direito commercial, confundindo tão intimamente as relações de um e de outro, a ponto de se não poder distinguir o commerciante do não-commerciante; quando é certo que identificar na desventura os credores do commerciante e entregar os credores do insolvente civil ao agoistico principio vigilantibus jura subveniunt é contradictar, como diz Saldanha, a homogeneidade natural da vida moderna, é banir do campo civil a grande lei da solidariedade. (...). Hoje, todos especulam, lançam mão do crédito, seja pela febre do ganho, seja pelo desejo de melhorar rapidamente a condição econômica. São advogados, médicos, engenheiros, proprie-

^{23.} Carlos Castex Filho, "Da extensibilidade da fallencia aos não-commerciantes", *RT* 8/71-88, São Paulo, Ed. RT, dezembro/1913.

tários: a sua etiqueta é puramente civil, mas na verdade vivem no commercio e 'agiscono da commerciante, sinché gli affari vanno bene, salvo ad invocare la loro qualità ufficiale quando al primo rovescio si vendono nell'impossibilità di far fronte ai propri impegni' (...). Mas, si, por esse lado, a injustiça é grande, maior ainda ella se torna quando, sem a fallencia, priva o devedor civil do beneficio da concordata, que, por um odioso privilegio, constitue instituto exclusivo do commercio. (...). O direito positivo é injusto sob um duplo aspecto; parece que pretende estabelecer um equilíbrio, uma recompensa, eximindo o civil da fallencia, mas privando-o da concordata, quando é justamente nessa pretensa justiça que vamos buscar a necessidade premente da extensibilidade da fallencia aos não-commerciantes, porque, por um lado, colhe-se o devedor velhaco nas malhas da fallencia, e, por outro lado, preserva-se o devedor honesto".24

Transferindo as idéias para os nossos dias, podemos afirmar que a atual ambiência social (marcada pelo conhecimento de que, maltratadas as interações sociais, serão nefastas as respostas), amalgamada com um direito comercial evoluído, não mais permite excluir os agentes econômicos não-empresários das regras norteadoras do processo de recuperação e de falência.

Inglez de Souza trata do assunto nos seguintes termos: "Nada pode tornar, aliás, mais odiosa a injustiça da theoria ainda vigente no direito creditório de que a flagrante desigualdade que ella mantém entre a situação do devedor civil e a do devedor negociante. Um lavrador emprega capitaes e trabalho na acquisição de terras, no plantio do café, da canna ou do algodão, nas construcção de predios para habitação do pessoal do serviço, na montagem de machinas destinadas á beneficiação do producto, e consegue levantar um estabeleci-

mento agrícola de valor consideravel; mas para que o desenvolva e espere á fructificação da planta, para que attenda aos mil e um encargos preliminares da safra, carece contrahir emprestimo que pensa poder satisfazer com as safras vindouras. O preço do mercado dá-lhe margem para custear a lavoura, remunerar o capital empregado e fazer o serviço regular da divida. Estava disso convencido ao levantar o emprestimo, e da mesma opinião foi o prestamista, que mandou contar os caféeiros ou os talhões de canna, examinou as machinas, estudou a vestimenta do terreno, avaliou as terras e prédios e verificou que todos esses bens representavam um valor duplo, triplice ou quadruplo da quantia solicitada. Mas o lavrador não contava com a geada, com a saraiva, o incendio e a inundação, com os trust baixistas e a depreciação prolongada do genero. De anno para anno a ruína accentua-se, (...). São factos externos, fatalidades cosmicas ou sociaes, sobre que a vontade não tem a menor acção. Entretanto o credor vigia attento, e ao menor signal de desanimo, no momento preciso em que se rompe o equilíbrio, em que, esgotado, baldo de recursos para attender aos diversos serviços do estabelecimento, quando mais preciso lhe é o credito para o ajudar a transpôr o difficil passo, pois do tempo confia a salvação, surgem as exigencias do prestamista, a execução começa, apparecem os meirinhos agoureiros, perde o devedor a reputação e a força moral, cerram-se diante delle todas as portas, retrahem-se as amisades; a sua firma, o seu nome não tem mais quem o abone; a noticia da próxima liquidação attrahe credores aos bandos, e sobre o cadaver quente do antigo organismo dáse a batalha das preferencias, a vêr qual levará o melhor pedaço. Para o devedor commerciante, victima de iguaes fatalidades, há a concordata, que lhe permite voltar á actividade mercantil. O devedor civil assiste impotente á detruição de sua casa, á perda de seus haveres, herdados ou adquiridos á custa de tantos sacrifícios, e, o que é peior, vê perdido o futuro, incerta a sub-

^{24.} Idem, artigo republicado sob o título "Memória do Direito Brasileiro" na RT 829/741-753.

sistência, desgraçada a família, morto todo o estimulo, suffocada toda a ambição". 25

A demonstrar a importância e o titubeio do legislador, por questão histórica, cumpre indicar que a redação final do Projeto de Lei 4.376-E/1993 (nascedouro das propostas de alteração da legislação concursal brasileira) estabelecia, em seu art. 1º, a possibilidade de a sociedade simples se sujeitar ou pleitear sua recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência.²⁶

Note-se que até a publicação do vigente Código de Processo Civil brasileiro, Lei 5.869, de 11.1.1973, sequer se admitia ao devedor civil requerer a declaração da própria insolvência; omissão suprida pelos arts. 759 e ss. do referido estatuto legal. O registro serve para evidenciar, com mais esse fato, o descompasso da Lei 11.101/2005 não apenas com a doutrina, com o Direito Comparado e a realidade contemporânea, mas com o próprio sistema do qual integrante.

Merecem referência, em socorro do alargamento da abrangência da nossa legislação, as observações da professora da Universidade de Alcalá, María Marcos Glez Lecuona, acerca da referida Lei espanhola 22, de 9.7.2003: "La realidad del trá-

25. Inglez de Souza, Projecto de Codigo Commercial, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913,

"Introdução", pp. 45 e ss.

26. "Art. 1º. Esta Lei instituiu e regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da sociedade simples e do empresário que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que doravante serão denominados simplesmente 'devedor'.

"Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica: I – à sociedade cooperativa; II – ao agricultor que explore propriedade rural para fins de subsistência familiar; III – ao artesão, ao que presta serviços ou ao que exerce atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio ou dos membros da família, para fins de subsistência familiar; IV – ao profissional liberal e à sua sociedade civil de trabalho; V – à empresa pública e à sociedade de economia mista."

fico jurídico actual pone de manifiesto que lo decisivo no es la condición del titular del patrimonio o la mercantilidad o no de unos negocios jurídicos, sino que *el patrimonio opere en el mercado*. En efecto, no podemos ignorar que, como ha resaltado la doctrina, en ocasiones las insolvencias civiles pueden ser tanto o más perjudiciales para el crédito que las mercantiles"²⁷ (grifamos).

Ao seu modo, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, também comentando a Lei Concursal Espanhola, defende: "El cambio más importante (...) es la de establecer un único procedimiento aplicable a la situación de insolvencia de cualquier deudor. La ley regula un único procedimiento concursal, tanto para comerciantes como para no-comerciantes, tanto para personas físicas o naturales como personas jurídicas. (...). Cierto que la preocupación económica del legislador se centra como es lógico en compatibilizar la mejor satisfacción posible de los acreedores con la subsistencia, en su caso, de la actividad empresarial o profesional del deudor. De ahí que exista una constante voluntad, reflejada en la ley, por facilitar la continuidad de dicha actividad de suministro de bienes y servicios dentro del mercado. Pero esa preocupación y sus consecuencias jurídicas a lo largo del procedimiento no constituyen obstáculo alguno para que el mismo valga igualmente en los casos, menos relevantes en términos económicos y sociales, de insolvencia de un sujeto que no proporcione bienes o servicios dentro del mercado"28 (não há grifos no original).

Comentando a vetusta restrição subjetiva do direito concursal italiano, Alessandro Nigro, Professor de Direito Falimentar da Universidade *La Sapienza*, de

27. María Marcos Glez Lecuona, *Comenta*rios a la Ley Concursal, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004, p. 78.

28. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a La Ley Concursal*, Madri, Editorial Tecnos, 2004, pp. 27-28.

Roma, professa: "La primera figura que se considerará es la empresa no-mercantil, es decir, en nuestro sistema, la empresa agrícola. Aquí de verdad creo que no deberían haber dudas sobre la necesidad, también y precisamente en relación con los preceptos de la Constitución italiana, de la necesidad de extender a las empresas agrícolas el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales, dado cómo se prevén y disciplinan en nuestro ordenamiento. La actual exclusión (sea caracterizada como privilegio o como penalización, no importa) implica una disparidad de trato hoy en día privada de justificación. La actividad agrícola, en sí misma considerada, no presenta ya ninguna connotación diferenciada respecto a la actividad industrial; el supuesto de la empresa agrícola, tras la ampliación acontecida con la reforma del 2002, presenta grandes zonas de superposición con la empresa mercantil general; las relaciones que se concentran alrededor de la empresa agrícola son idénticas a las que se concentran alrededor de la empresa mercantil; y, en fin, el estatuto de la empresa mercantil encuentra hoy en día aplicación plena en la empresa agrícola, siendo, precisamente, la única diferencia, la sujeción o no a la disciplina concursal".29

Transferindo para nosso País e repetindo a idéia-mestra deste trabalho: a atual preocupação com a ambiência social (marcada pelo solidarismo) e a evolução do direito comercial (que deve extrapolar suas fronteiras tradicionais e preocupar-se com a relevância sociopolítica do mercado) não mais permite excluir os agentes atuantes desse *mercado* (mesmo que não-empresários) das regras norteadoras do processo de recuperação e de falência.

Em suma, optou mal nosso legislador por negar as prerrogativas da Lei 11.101/ 2005 aos agentes econômicos não-empre-

29. Alessandro Nigro, "La insolvencia de las familias en Derecho Italiano", Anuario de Derecho Concursal 12/224, 2007-3.

sários, eles também fontes produtoras de empregos, de renda – enfim, de cuja atuação se beneficia o mercado. E da prosperidade deste – nunca é demais repetir – depende a concretização de objetivos fundamentais da nossa República, consoante expresso no art. 3º da CF promulgada em 1988.

Concluindo, pois, a nossa Lei 11.101/2005 demanda urgente reforma para, alinhando-se à moldura contemporânea do direito concursal, abrigar na esfera de aplicação de seus comandos a recuperação judicial e extrajudicial dos não-empresários, pessoas físicas ou jurídicas, nessa categoria incluídas as cooperativas, associações, fundações etc., excluídos apenas, por óbvias razões, os entes públicos.

Bibliografia

- ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Saraiva, 2005.
- ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1989.
- ASCARELLI, Tullio. "O empresário". *RDM* 109/183. São Paulo, Malheiros Editores, janeiro-março/1998.
- ASQUINI, Alberto. "Profili dell'impresa". Rivista del Diritto Commerciale 41-I, trad. de Fábio Konder Comparato, 1943; RDM 104/109. São Paulo, Ed. RT.
- BERCOVITZ, Alberto. "Aspectos mercantiles de la Ley Concursal". In: Estudios sobre la Nueva Legislación Concursal. Navarra, Thomson/Aranzadi, 2006.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências Comentada*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. "A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências". Revista do Advogado 83. São Paulo, AASP, 2005.
- CARLO, Ignácio Quintana, GONZÁLEZ, José Antonio García-Cruces, e NAVAR-RO, Angel Bonet. Las Claves de la Ley Concursal. Madri, Editorial Aranzadi, 2005.

- CASTELO, Jorge Pinheiro. "A nova Lei de Falência: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?". LTr 68(8)/914. São Paulo, LTr, agosto/2004.
- CASTEX FILHO, Carlos. "Da extensibilidade da fallencia aos não-commerciantes". RT 8/71-88. São Paulo, Ed. RT, dezembro/1913.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Função social da propriedade dos bens de produção". In: Direito Empresarial: Estudos e Pareceres. São Paulo, Saraiva, 1990; RDM 63/73. São Paulo, Ed. RT.
- DE LUCCA, Newton (coord.). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944.
- FERRI, Giuseppe. *Diritto Commerciale*. Turim, UTET, 2006.
- FORGIONI, Paula A. O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado. Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2008.
- GARCÍA, Juan Ignacio Peinado, e GARACH, Francisco Javier Valenzuela (coords.). Estudios de Derecho Concursal. Barcelona/Madri, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén/Marcial Pons, 2006.
- GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1988.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- GONZÁLEZ, José Antonio García-Cruces, CARLO, Ignácio Quintana, e NAVAR-RO, Angel Bonet. Las Claves de la Ley Concursal. Madri, Editorial Aranzadi, 2005.
- GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Recuperação Judicial de Empresas. Direito Concursal contemporâneo. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos. Projecto de Codigo Commercial. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913.

63

- JARILLO, María José Marillas. "Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la ley concursal". In: Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde. Madri, Marcial Pons, 2007.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Doutrina e Prática. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- MACÍAS, Isabel Candelario. El Convenio de Continuación como Medio de Protección del Crédito en los Procedimientos Concursales. Granada, Editorial Comares, 1999.
- MARCONDES, Sylvio. Questões de Direito Mercantil. São Paulo, Saraiva, 1977.
- MORENO, Faustino Cordón (dir.). Comentarios a La Ley Concursal. Madri, Editorial Aranzadi, 2004.
- MUÑOZ, Alberto J. de Martín. La Reforma de la Legislación Concursal. Madri, Editorial Dykinson, 2004.
- NAVARRO, Angel Bonet, CARLO, Ignácio Quintana, e GONZÁLEZ, José Antonio García-Cruces. Las Claves de la Ley Concursal. Madri, Editorial Aranzadi, 2005.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. vol. 3. São Paulo, Saraiva, 2004.
- NIGRO, Alesandro. "La insolvencia de las familias em Derecho Italiano". *Anuario de Derecho Concursal* 12. Madri, Editorial Aranzadi, 2007-3.
- NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico. São Paulo, Ed. RT, 1997.
- PACHECO, José da Silva. Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.).

 Direito Falimentar e a Nova Lei de Fa-

- lências e Recuperação de Empresas. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- PENALVA SANTOS, Paulo. "O novo projeto de recuperação da empresa". *RDM* 117/126. São Paulo, Malheiros Editores, janeiro-março/2000.
- _____. "A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências". Revista do Advogado 83. São Paulo, AASP, 2005.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.) Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- REQUIÃO, Rubens. Aspectos Modernos de Direito Comercial. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985.
- ——. Curso de Direito Comercial. 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985.
- ———. Curso de Direito Falimentar. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (coord.). Comentarios a la Ley Concursal. Madri, Editorial Tecnos, 2004.
- El Presupuesto Subjetivo de la Declaración de Concurso. En Particular, el Problema del Sobreendeudamiento de los Consumidores. Il Trattamento Giuridico della Crisi d'Impresa. Profili di Diritto Concorsuale Italiano e Spagnolo a Confronto. Bari, Cacucci Editore, 2008.

- ROJO, Ángel. "La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (un apunte de Derecho Comparado desde una perspectiva española)".

 Anuario de Derecho Concursal 10. Editorial Aranzadi, 2007-1. Aranzadi.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- THEODORO JR., Humberto. Comentário ao Novo Código Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. "A reforma da Lei de Falências e a experiência do Direito estrangeiro". Revista do Advogado 36. São Paulo, AASP, 1992.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Saraiva, 2005.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- WALD, Arnoldo. "A recuperação de empresas no mundo". Valor Econômico 11.1.2005. São Paulo, p. E2.
- ZANETTI, Robson. Direito Falimentar A Prevenção de Dificuldades e a Recuperação de Empresas. 1ª ed. Curitiba, Juruá, 2002.