

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

JONATHAN MACHADO DE CASTRO JUNIOR

**FORTALEZA
2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado como requisito para a conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Orientador: Prof. Luiz Eduardo dos Santos

**FORTALEZA
2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

JONATHAN MACHADO DE CASTRO JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) aprovado em 9 de junho de 2011 para obtenção do título de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Luiz Eduardo dos Santos (Orientador)

Prof. Yuri Cavalcante Magalhães

Prof. Emanuel de Abreu Pessoa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. A EMPRESA: UM BREVE HISTÓRICO.....	8
1.1. Dos primórdios às grandes descobertas.....	8
1.2. Da revolução industrial aos dias atuais.....	13
2. A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL.....	17
2.1 O Direito das Empresas.....	17
2.2 A definição de empresário.....	17
3. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO: HISTÓRICO.....	21
3.1. Origem da palavra <i>falência</i>	21
3.2. Falência de Roma à Idade Média.....	21
3.3. Do <i>Code de Commerce</i> ao Decreto-Lei 7.661/45.....	22
3.4. A necessidade de uma nova lei falimentar.....	25
4. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS REFERENTES À EMPRESA.....	29
4.1. Realização da política econômica.....	29
4.2. Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República.....	30
4.3. A função social da propriedade na Constituição Federal.....	32
4.4. A função social da empresa.....	40
5. FUNÇÃO SOCIAL E FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO.....	47
5.1. A função social e sustentabilidade.....	47
5.2. A recuperação da empresa.....	50
6. ASPECTOS DA LEI Nº 11.101/05.....	57
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

RESUMO

Título: A função social e a recuperação da empresa.

Trata-se do Trabalho de Conclusão do Curso – TCC da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Em um mundo em constante e rápida evolução, a maneira de se ver a empresa mudou bastante. Esta nova visão tem como ponto principal a função social da empresa. Neste trabalho, analisou-se a evolução da empresa ao longo da história e a repercussão desses fatos no mundo jurídico. Cabem aqui alguns questionamentos: em que consiste a função social da empresa? Que obrigações esta função traz para a empresa? E quais direitos? Como a recuperação da empresa está ligada à sua função social? A norma falimentar brasileira propicia os meios para que empresas em dificuldades transitórias possam se recuperar? Baseamos nossa pesquisa, principalmente, na doutrina de Eloy Pereira Lemos Junior, Carlos Roberto Claro e Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral, que, recentemente, abordaram o assunto com bastante profundidade. Como resultado, pudemos auferir que se, por um lado, esta nova visão demanda um maior grau de exigência na relação da empresa com todos os que a cercam, como seus clientes (vide a Lei do consumidor), o Estado, por intermédio do adimplemento dos tributos, os fornecedores, através de um relacionamento ético, o meio ambiente, etc.; por outro, ela deixa claro que a recuperação da empresa atende aos interesses de um grande público, como os trabalhadores, por meio da manutenção do emprego, do Estado, por meio da arrecadação, os fornecedores etc.

Palavras-chaves: empresa; função social; recuperação; lei falimentar.

ABSTRACT

Title: The social function and corporate recuperation.

It is a work required to complete Law School at The Federal University of Ceará. In a world of constant and rapid change, the way we view the company has changed a lot. This new vision considers most important the social function of the company. In this study, we analyzed the company's evolution through history and the impact of these facts in the legal world. Some questions are suitable: what is the social function of a company? Which obligations does this function bring to a company? And which rights? How is a company's recovery linked to its social function? Does the Brazilian bankruptcy law provide the means for businesses in temporary difficulties to recover? I based my research, mainly, in the doctrine of Eloy Lemos Pereira Junior, Roberto Carlos Claro and Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral, who have recently discussed the subject in depth. As a result, it can be observed that if, on the one hand, this new vision requires a greater level of demand in the company's relationship with all who surround it, as their clients, see the Consumer Act, the State, through the paying of taxes, suppliers, through an ethical relationship, environment, etc.; on the other hand, it makes it clear that the recovery of a company serves the interests of many publics, such as workers, by the maintenance of employment, state, by collecting taxes, suppliers etc.

Keywords: business, social function, recovery, bankruptcy law.

INTRODUÇÃO

Neste Trabalho de Conclusão do Curso (TCC) de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), buscaremos analisar a evolução da importância do comércio, ao longo da história, e sua repercussão no âmbito do Direito. Concomitante a isso, acompanharemos a evolução do conceito de falência e sua repercussão social.

Abordaremos a evolução do liberalismo para o Estado de Bem-Estar Social e como esta evolução influenciou o conceito de propriedade, de empresa e de sua função social. Em regra, a empresa é considerada oriunda do Direito Privado, Civil e Comercial. Ocorre que à empresa cabe uma função social, em decorrência de sua importância social, que a torna devedora

de bem-estar social, de criadora de empregos, de melhoria da qualidade de vida, de sustentabilidade, pelo respeito ao meio ambiente, de geradora e de distribuição de riquezas. É dentro da empresa que o homem — e a mulher também, ultimamente —, passa a maior parte de sua vida útil. Então, ela é devedora de um ambiente saudável para o trabalhador, de perspectivas de crescimento profissional e espiritual, de realização pessoal (VAZ *apud* LEMOS JÚNIOR, 2009: apresentação)

Prosseguindo, abordando, agora, de quem a empresa é credora:

É credora do estado porque precisa ter tranquilidade política para trabalhar, meios de transporte e de escoamento da produção, infra-estrutura adequada, previsibilidade quanto aos rumos da economia, para implantar suas políticas econômica, e direito a mão-de-obra capacitada (Idem).

Trata-se de uma abordagem nova e que trará, como se verá no decorrer deste trabalho, várias repercussões para as empresas, especialmente no que concerne à recuperação de empresas em dificuldades. No âmbito trabalhista, Brevidelli (2000) assevera

A empresa é hoje o grande protagonista do mundo do trabalho e isto significa dizer que sobre ela se constroem relações de sobrevivência e da própria formação e expansão da personalidade. O trabalho, depois da família e da escola, é o *locus* do aprendizado de relações interpessoais e de superação de desafios intelectuais e emocionais, cuja carga simbólica é suporte da própria formação da personalidade.

Pensar hoje em **justiça no mundo do trabalho** é pensar numa empresa conformada à função social e em meios de adesão espontânea às normas e limites impostos pelo direito.

Esta nova visão demanda empresas comprometidas não apenas com o lucro, mas cientes de sua importância no cerne de nossa sociedade, contribuindo com a justiça social e a distribuição de renda, conforme os mandamentos de nossa Carta Magna. Por fim, analisaremos a influência desta nova visão na nova lei de falência e recuperação. Em rápidas palavras, passamos da visão da execução universal de credores contida no Decreto Lei nº 7.661/45 para a busca da sobrevivência da empresa, cumprindo, assim, sua função social.

O que nos motivou a fazer este trabalho foi o espírito da lei 11.101/2005. Portanto, não nos preocupamos em analisar artigo por artigo da citada norma, mas, sim, verificar que a nova lei falimentar representa uma evolução de como a empresa é vista, de sua importância no meio social no qual está inserida e tenta propiciar meios para recuperá-las. Se, por um lado, o conceito de função social da empresa representa um fardo devido à grande responsabilidade que a empresa deve ter com todos os públicos envolvidos, internos e externos, por outro, propiciou, no âmbito do direito, o reconhecimento de que a atividade produtiva deve ser preservada, sempre que possível.

1 A EMPRESA: UM BREVE HISTÓRICO

1.1 Dos primórdios às grandes descobertas

Neste momento, antes de adentrarmos o histórico das empresas, desde seus primórdios, convém ressaltar que a participação das empresas no dia a dia das pessoas é cada vez maior. É lá que passamos a maior parte do dia, que convivemos com outras pessoas, que buscamos a realização profissional e os meios necessários para a aquisição de bens que nos trazem conforto. Se o centro do poder, ao longo da história, já esteve nas mãos da família, da Igreja e do Estado, hoje, ele concentra-se nas mãos dos grandes conglomerados multinacionais. Com relação ao histórico, Lemos Junior, na introdução de sua relevante obra, *Empresa & função social* (2009: 21), informa que:

(...) o termo “empresa” teve seu surgimento no Código francês de 1807, ao referir-se ao contrato de empresa, ou fornecimento de serviços, dentro da matéria de competência dos tribunais do comércio. Foi somente no Código Civil italiano (1942) que a empresa foi acolhida sob manto do empresário, do estabelecimento e da atividade, contrapondo-se à teoria dos atos do comércio, até então em vigor, mas que já não garantia o comércio em evolução.

Bugarelli¹ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 22) afirma que “a empresa expressa-se através de três conceitos básicos: o empresário, o estabelecimento e a atividade”. Voltemos à história. Nas palavras de Lemos Junior (2009: 29),

o exercício do comércio de forma organizada remonta a tempos longínquos, já que o homem, assim que superou a sua fase mais primitiva quando tomava o que queria, iniciou o exercício de atividades econômicas, sobretudo para o estabelecimento de relações comerciais, por meio de troca, ou escambo e, posteriormente, utilizando-se de moeda.

¹ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**: empresa e estabelecimento. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993: 28.

Este comércio muito contribuiu para o estreitamento das relações entre os povos, principalmente ao redor do Mar Mediterrâneo, envolvendo o norte da África (Egito) e o Oriente Médio. Várias foram as civilizações que contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento do comércio. Os fenícios, que ocupavam a região do atual estado do Líbano, eram exímios negociadores e navegadores. Extremamente perspicazes, eles buscavam suprir as necessidades de cada povo com o qual negociavam. Além deles, os assírios, os babilônicos e os gregos, que sucederam os Fenícios. Chaupaud² (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 32) explica que “as colonizações gregas e cartagineses colocaram-se sob o signo do deus Mercúrio (origem da palavra mercadores), e assim ficaram conhecidos pelos povos que reconheciam a sua facilidade nesse tipo de atividade”.

Posteriormente, vieram os etruscos, que habitavam a região da atual Toscana. No ano 600 a.C., eles foram suplantados por uma potência emergente: os romanos. Como resultado da *pax* romana, que permitiu a ampliação do comércio, Morais³ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 33) explica que

Assim nascem as corporações de mercadores, regidas por seus estatutos próprios e que originaram o direito comercial, essencialmente profissional e subjetivo. Tal feito, mais adiante, fez nascer os atos do comércio.

O fortalecimento do comércio no Mediterrâneo deu origem a poderosas companhias mercantis, que trouxeram consigo costumes mercantis arraigados nos mercadores. Surge, então, no seio do povo romano, o *ius mercatorum*, que, nas palavras de Galgano⁴ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 34):

O **ius mercatorum** nasce, portanto, como um direito diretamente criado pela classe mercantil, sem a mediação da sociedade política; nasce como um direito imposto em nome de uma classe e não em nome da comunidade no seu conjunto. É imposto aos eclesiásticos, aos nobres, aos militares, aos estrangeiros. Pressuposto da sua criação é o mero fato de se haverem estabelecido relações com um comerciante. O tribunal consular

² CHAMPAUD, Claude. **Le Droit des Affaires**. Paris: Presses Universitaires de France, 1981: 7-8.

³ MORAIS, Flávio Eduardo Fonseca de. Responsabilidade solidária do sócio perante o crédito tributário. **Jus Navegandi**. Teresina, a. 8, n. 189, 11.01.2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4715>. Acesso em 2 de março de 2006.

⁴ GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Bologna: Signo, 1980: 11.

é o único competente para julgar causas comerciais, bastando para tal que apenas uma das partes seja comerciante; o não comerciante ou o estrangeiro que renunciasse à jurisdição comercial perderia, de futuro, o direito de invocar em seu favor o **ius mercatorum** e a jurisdição consular, e, em algumas cidades, estava mesmo impedido de realizar qualquer tipo de comércio com membros da corporação mercantil.

Deste enorme fluxo comercial dos romanos com outros povos, dentre eles, os egípcios, os gregos, escandinavos etc., surge uma elite de capitalistas em Roma. Champaud⁵ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 37) explica que

na baixa Idade Média os reis favoreciam o comércio, mas que, periodicamente, saldavam seus empréstimos mandando degolar, prender ou deportar os banqueiros ou judeus que lhes haviam fornecido créditos. No mesmo período, sob a influência de Santo Tomás de Aquino, a Igreja Católica fez campanha contra o comércio de bens que levavam ao acúmulo de riquezas na Terra e, contra os progressos tecno-científicos que faziam desmoronar as idéias mais tradicionais. A Igreja também determinou que era sacrilégio o empréstimo com juros (alma do próprio comércio).

O comércio no *maré nostrum* tinha seus atos disciplinados no *jus civile* e na *lex Rhodia*. A queda do Império Romano deu início à fase corporativa, na Idade Média.

Com o fim dos feudos, muitos servos se tornam artesãos, que passam a receber encomendas dos comerciantes. Estes comerciantes, que outrora eram itinerantes, passaram a se fixar em convenientes localidades que lhes proporcionavam acesso a mercados, segurança, facilidade de comunicação e água potável. O poder público não ficou inerte perante esta nova situação. Muito pelo contrário. Galgano⁶ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 40) nos traz um importante exemplo de apoio:

Em certos casos, os gastos públicos assumem a forma de uma autêntica política de desenvolvimento econômico; um caso exemplar, mas não o único, é o do município de Bolonha que, em 1230, consignou uma notável soma para favorecer o desenvolvimento das manufaturas têxteis da cidade. Os artesãos que se deslocassem para Bolonha com o fim de aí instalar uma empresa têxtil, receberiam do município uma subvenção a fundo perdido, uma isenção fiscal durante quinze anos e um empréstimo pelo período de cinco anos. Esta política de desenvolvimento econômico surpreende não apenas pela

⁵ CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p.8.

⁶ GALGANO, Francesco. Op. Cit., p. 33.

modernidade dos instrumentos utilizados, mas também pela tendência que já então demonstrava a classe mercantil, para a “socialização” dos custos da acumulação capitalista. Os principais beneficiados com esta política de desenvolvimento têxtil eram os comerciantes do setor. Todavia, não se tornavam promotores nem financiadores a título pessoal; a iniciativa é pública, e os custos correspondentes recaem sobre toda a comunidade.

Além do poder público, este excepcional incremento no comércio também chamou a atenção da Igreja. Vendo o seu poder diminuir, ela foi contra esse desenvolvimento comercial sob a alegação de que o lucro não levaria à salvação. Com o fortalecimento da classe comerciante, surgiram as corporações e, com elas, o surgimento de um direito comercial, o *jus mercatorum*, criado pelos comerciantes para regular suas atividades. Prosseguindo na linha do tempo, chegamos ao período dos grandes descobrimentos. Tais “descobrimientos” propiciaram um enorme enriquecimento de Portugal e Espanha, principalmente, com o grande fluxo de bens das colônias para os impérios. O crescimento do comércio foi vertiginoso e o resultado foi que:

As famílias de Gênova (notórias comerciantes), assim como os príncipes-potentados de Florença ou os potentados de Veneza, montaram suas multinacionais através da Europa para suscitar e explorar o fabuloso mercado que representava esse continente na aurora de um prodigioso desenvolvimento. A esses estabelecimentos Champaud atribui o invento da contabilidade, em partilha dupla, do qual ia se originar-se o conceito de empresa. Com isso, afirma o autor, semeou-se algo do qual surgiu o nosso atual direito dos negócios (LEMOS JUNIOR, 2009: 45).

Posteriormente, no séc. XVII, surgem as Companhias das Índias na Inglaterra e na Holanda, estruturadas como verdadeiras multinacionais.

1.2 Da revolução industrial aos dias atuais

Com a aurora da revolução industrial, os pequenos artesãos passaram a vender sua força de trabalho aos grandes empresários industriais e o direito dos comerciantes é transformado em Direito Comercial. Já no séc. XIX: “Aqueles que se dedicavam à atividade comercial, paulatinamente, passaram a dirigir a sua atenção para a produção de bens de consumo e para a prestação de serviços” (LEMOS JUNIOR, 2009: 47).

A empresa, como hoje a concebemos, é fruto da cultura do consumo, que é a causa e o objetivo da atividade produtiva. Segundo Schmoller⁷ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 49):

(...) a empresa implica a reunião de dois elementos: a organização técnica e pessoal (que pode se entender como coisas e pessoas) e ainda a manutenção de relações com o mercado e o resto da sociedade, ligando a idéia de empresas àquela de lucro. Em tradução livre: “Na empresa, há sempre duas coisas: 1º uma organização técnica e pessoal; o lugar que é preciso se proporcionar, os meios, as pessoas e a maneira de as acomodar uma à outra; 2º o lado comércio, a compra e a venda, as relações com o mercado e com o resto da sociedade.

Teceremos, agora, breves comentários acerca da evolução dos ordenamentos jurídicos comerciais francês, português, italiano e brasileiro. De acordo com Vivante⁸ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 50):

A codificação do Direito Comercial surgiu na França, a partir das duas *Ordonnances* de Luis XIV, respectivamente em 1673 (comércio marítimo), as quais serviram de base para a elaboração do *Code de Commerce* de 1808, sendo este o primeiro Código Comercial onde se verificou uma referência à empresa.

⁷ SCHMOLLER, Gustav. **Príncipes d’Economie Polique**. T. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1905: 478.

⁸ VIVANTE, Cesare, **Instituições de Direito Comercial**. Lisboa: Clássica, 1918: 11.

Na visão dos franceses, a empresa era vista como um ato de comércio, mas, para isto, era necessário que o comerciante a exercesse com habitualidade, pois, segundo Lyon-Caen⁹ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 51):

Desde o início do século XX, a doutrina francesa já sublinhava que seria necessário o exercício da atividade em caráter profissional e estável, não se tornando alguém comerciante pela prática eventual do referenciado ato.

As invasões napoleônicas levaram a diversos países, dentre eles a Itália, a teoria dos atos do comércio. Em Portugal, foram finalizadas, em 1447, as Ordenações Afonsinas. Segundo Cunha e Almeida¹⁰ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 59)

As ordenações traziam uma série de disposições sobre o comércio, reconhecendo a categoria dos comerciantes, estabelecendo uma jurisdição comercial e regulando determinados atos comerciais, além de trazer também algumas disposições sobre falências.

Posteriormente, adveio a Lei da Boa Razão, fruto dos esforços do Marquês de Pombal e, em 1833, foi promulgado o 1º Código Comercial Português, conhecido como Código Ferreira Borges. O código comercial, atualmente em vigor em Portugal, é de 1889. No que concerne à Itália, reconhece-se a sua importância no âmbito do Direito Comercial, na medida em que

Se a França tem o mérito de ter sido o primeiro país a dar autonomia legislativa ao Direito Comercial, a Itália goza do privilégio de ter sido o berço dos primeiros juristas responsáveis por uma produção mais elaborada sobre o Direito Mercantil, (...) (LE MOS JUNIOR, 2009: 65).

⁹LYON-CAEN, RENAULT, L. **Traité de Droit Commercial**. Paris: Librairie Généralé de Dorit & Jurisprudence. 1906: 148.

¹⁰ CUNHA, J. da Silva. ALMEIDA, Carlos Marques de. **História das Instituições**. Porto: Universidade Portucalense, 1994: 23.

Como referido anteriormente, até o fim da ocupação francesa, vigeu, na Itália, de 1808 a 1814, um código comercial traduzido na legislação francesa. O 1º Código Comercial Italiano foi promulgado em 1882, ainda sob influência da legislação francesa. Só em 1942 surge um novo Código Civil na Itália, que, segundo Galgano¹¹ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 68):

O código Civil italiano de 1942 é pioneiro na unificação do Direito Privado, por dar corpo a uma tendência universal, qual seja a comercialização do Direito Civil.

Neste novo código, que ignora o conceito de ato de comércio, a empresa passa a ser o novo foco do Direito Comercial italiano. Em decorrência disto, devemos espelhar-nos na experiência italiana quando da interpretação dos dispositivos constantes da recente legislação brasileira que abordam a Teoria da Empresa. Neste diploma legal, reconhece-se o importante papel da empresa na sociedade, o que levou à imposição legal de inúmeras funções de índole social ao exercício de tal instituto jurídico.

Na história do desenvolvimento do comércio e da real necessidade de um novo ordenamento jurídico referente ao comércio, foi de suma importância a abertura dos portos brasileiros ao comércio estrangeiro em 1808. Entretanto, somente em 1850, foi elaborado o 1º Código Comercial Brasileiro, fortemente influenciado pela doutrina portuguesa. Com o passar dos anos, o Direito Comercial brasileiro, sob influência, principalmente, de juristas italianos, passou a se voltar, cada dia mais, para a empresa. Com a colocação da empresa no centro da discussão doutrinária, surgem ideias inovadoras como a de Champaud¹² (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 86-87):

Champaud oferece uma noção diferenciada de empresa na medida em que a apresenta como sujeito de direito. Como tal, dotada de um patrimônio, ela é devedora e credora. Devedora do que se segue: de nível de vida em relação àqueles que vivem dela (trabalhadores, dirigentes, financiadores); de segurança econômica (estabilidade de emprego, promoção coletiva e individual dos homens); devedora de bem-estar social; de inovação e difusão de benefícios de sua criatividade, de substância financeira que nutre pela fiscalidade e pela parafiscalidade o funcionamento dos serviços públicos, a

¹¹ GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale**. 1 – L'imprenditore, reimpr. Zanichelli, Bologna, 1987. 2 Le Società, 4. ed. Zanichelli, Bologna 1990.

¹² CHAMPAUD, Claude. **Le Droit des Affaires**. Paris: Presses Universitaires de France. 1981: 37.

redistribuição das rendas em nome da solidariedade e da segurança social. (...) é credora em relação ao ambiente onde atua, ou seja: da fiscalização do trabalho, do entusiasmo e talento dos homens que nela se inserem; dos equipamentos públicos, do uso dos meios de transporte e de telecomunicações, especialmente, sem os quais não pode exercer suas atividades. Como instrumento de produção, a empresa é credora de energia, de matérias-primas em condições que lhe permitam enfrentar as competições em que atua.

Neste momento, lembramos da importante contribuição do jurista brasileiro Teixeira de Freitas para o desenvolvimento do direito empresarial. Logo após a promulgação do Código Comercial, ele recebeu a incumbência de elaborar um Código Civil para o Brasil. Entretanto, ele abortou tal projeto, tendo em vista ter uma visão do Direito Comercial e Civil divergente do Governo Imperial. Na sua visão, deveria haver a unificação dos códigos. Sendo o primeiro jurista em todo o mundo a defender a unificação do direito privado, seus trabalhos serviram de inspiração para a confecção de códigos civis em toda a América Latina, e suas teorias foram reconhecidas, especialmente na Itália. Em nosso país, esta unificação veio com a promulgação do Código Civil, em 2002.

2 A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL

2.1 O Direito das Empresas

Com a promulgação do novo Código Civil e da consequente unificação do Direito Privado, o antigo Direito Comercial foi substituído pelo Direito das Empresas. Quanto ao termo *empresa*, Asquini¹³ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 119) explica:

Presentemente, vulgarizou-se o emprego da palavra empresa para designar a sociedade que lhe serve de estrutura jurídica (a sociedade empresária) e que, tecnicamente, corresponde à figura do empresário.

2.2 A definição de empresário

No novo Código Civil Brasileiro, não há definição de empresa. Há, entretanto, a definição de empresário, no art. 966¹⁴, que é uma tradução do art. 2022 do Código Civil italiano:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce 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.

¹³ ASQUINI, Alberto. **Profilli dell'impresa**. Milão: Francesco Vallardi: 7.

¹⁴ **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

Desta definição, depreende-se que há alguns fatores que qualificam a atividade empresarial. Caso não se enquadrem nessa condição, não se sujeitam às normas do Direito Empresarial. Dentre os requisitos, podemos exemplificar: a atividade econômica de produção de bens e serviços, a organização e o profissionalismo no desempenho da atividade.

No âmbito da atividade econômica de produção de bens e serviços, discute-se quanto à exigência ou não de lucro, como condição de enquadramento. Filiamo-nos à corrente que não o considera imprescindível, sob pena de não considerarmos atividade empresarial a desenvolvida por cooperativas ou empresas estatais.

Quanto à exigência da organização, contida no artigo 966 — atividade econômica organizada —, é cristalina sua relevância, ou seja, não é qualquer atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços que será considerada empresarial. Demanda-se um mínimo de organização. Lemos Junior (2009: 132) aponta que:

Apesar de a absoluta maioria das empresas existentes apresentarem uma organização perfeitamente identificável, é mediante um estudo de casos limites, onde há níveis mínimos de organização, que se permite uma exata e plena compreensão do fenômeno empresarial. Assim se estabelece, precisamente, onde termina o trabalho individual e começa a empresa, pois, mesmo as pequenas empresas, para serem consideradas como tais, devem apresentar um grau mínimo de organização.

E prossegue:

Como se sabe, segundo a categorização majoritariamente aceita, a organização poderá ser: a) pessoal (de pessoas) ou real (de bens ou meios de produção) (Idem).

Como último requisito, abordamos o profissionalismo. Trata-se de um resquício do *Code Napoléon*, que influenciou muitos códigos pelo mundo, inclusive o nosso antigo Código Comercial. Lemos Junior (2009: 140) indica que:

Presentemente, o profissionalismo é identificado com o exercício habitual, estável, da atividade produtiva. Entretanto, importante estabelecer limites para a exigida

habitualidade e estabilidade, que certamente não excluem as atividades exercidas sazonalmente, como é o caso de certos hotéis e restaurantes situados em instâncias rurais ou em cidades litorâneas. Não se exige que a atividade seja ininterrupta, bastando que não seja meramente eventual e aleatória.

Ainda com relação ao que é empresa, o autor (2009: 120-121) destaca:

É importante ter-se em conta que é a empresa que qualifica o empresário e não o contrário. É a empresa o núcleo do Direito Comercial na atualidade, onde se localiza o empresário que pela titularidade da empresa ganha destaque e submete-se a um estatuto, a um regime jurídico especial.

O artigo 966 excepciona, expressamente, em seu parágrafo único, algumas atividades do conceito de atividade empresarial. No que se refere à atividade intelectual, Lemos Junior (2009: 144) afirma:

Nas profissões intelectuais, o fator determinante para a contratação é a própria pessoa do profissional encarregado da execução do serviço. A existência de uma organização real ou pessoal é eminentemente acessória, não possuindo a necessária autonomia funcional para o desempenho da atividade, que é essencial para a caracterização de um estabelecimento empresarial. A organização (escritório e colaboradores), sem a pessoa do profissional, de muito pouco ou nada serve, carecendo de outros requisitos que caracterizam o estabelecimento. Ainda que entregue a um outro profissional, à organização faltarão a mesma eficiência, salvo se eventualmente o substituto tiver idêntico renome.

Do exposto, restará configurada a atividade empresarial, quando a organização for mais importante do que a pessoa do profissional, quando a atividade puder ser executada independentemente da pessoa que realizá-la. Nosso Código Civil¹⁵, a exemplo do italiano, também traz a definição de estabelecimento:

¹⁵ **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Para Waldírio Bulgarelli¹⁶ (*apud* AMARAL, 2009: 96) a empresa deve ser compreendida como:

(...) atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens.

¹⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: RT, 1985, p. 154.

3 FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO: HISTÓRICO

Neste tópico, abordaremos alguns marcos históricos referentes aos institutos da falência e da recuperação das empresas.

3.1 Origem da palavra *falência*

A origem da palavra *falência* é do latim *fallere*, no sentido de faltar, enganar. Sendo assim, Baird¹⁷ (*apud* CLARO, 2009: 80) atesta:

A palavra ‘falência’ deriva do cliente italiano medieval que quebrava a banca do banqueiro ou o comerciante que tentava se furtar deixando sem pagamento o credor. Como a origem da palavra sugere, o primeiro estatuto inglês de falência foi direcionado para comerciantes devedores (...).

3.2 Falência de Roma à Idade Média

Desde a antiga Roma, o adimplemento das obrigações se dava, muitas vezes, com a vida do devedor. A execução era pessoal e não patrimonial. Outro meio de pagamento era a escravidão do devedor. Já na Idade Média:

¹⁷ BAIRD, D. G. *Elements of bankruptcy*. 4. ed. New York: Foundation Press, 2006.

(...) o processo falimentar foi organizado e sistematizado pelos italianos, e aplicável a todo devedor (que ostentasse a particular qualidade de comerciante, ou não). Em tal período da história houve um avanço da autoridade estatal a fim de coibir as penas corpóreas e o livre direito do credor de valer-se da pessoa do devedor. Pretendia-se, pois, extinguir, coibir abusos e retirar o caráter privado da execução, passando a ser monopólio do Estado. Com efeito, se buscou retirar o sacrifício corporal imposto à pessoa do devedor, por outro lado, este mesmo devedor poderia ser preso, e o remédio da tortura era reiteradamente empregado a fim de coagi-lo a honrar de forma efetiva o compromisso assumido (CLARO, 2009: 81).

3.3 Do *Code de Commerce* ao Decreto-Lei 7.661/45

Sem dúvida, um importante marco histórico referente à falência foi o Código Napoleônico de 1807 — *Code de Commerce* —, que, de tão rígido para com a pessoa do devedor, precisou ser reformado em 1838. Tal código, que abraçou a Teoria dos Atos do Comércio, espalhou sua influência por toda a legislação falimentar dos países da Europa Ocidental e da América Latina. É importante destacar que, já nesse código, houve uma evolução do instituto da falência. Segundo Claro (2009: 83):

(...) após 1807, a falência assumiu sem dúvida um caráter eminentemente econômico-social, e houve distanciamento em relação à pessoa do devedor, que sofria os efeitos da decretação da falência, mas existiu mitigação no tocante às penalidades pessoais impostas.

Quanto ao Brasil, os regramentos jurídicos seguidos foram, sucessivamente, as Ordenações Afonsinas (1446-1521), as Manuelinas (1521 a 1603) e as Filipinas (1603). O marco inicial do instituto da falência no ordenamento jurídico brasileiro foi o Alvará de 1756. O assunto voltou a ser regulado pelo Código Comercial de 1850. Originalmente, neste código, só estava consagrada a figura da concordata suspensiva, tendo sido a concordata preventiva incluída em 1890, por meio do Decreto 917.

Em pleno Estado Novo, iniciou-se um movimento para reformar a legislação falimentar pátria. O nacional-desenvolvimentismo, como projeto de industrialização, fez-se prevalecer, tanto que, da exposição de motivos do Decreto-Lei 7.661/45, consta que os institutos desta nova

regulamentação falimentar tinham como objetivo: “evitar que excessos particulares sacrifiquem o plano econômico nacional”. De acordo com Claro (2009: 88):

Imperava a idéia de tirar do mercado o devedor comerciante (considerando a Teoria dos Atos de Comércio, de origem francesa) impossibilitado de nele permanecer, ficando a concordata (suspensiva ou preventiva) em degrau secundário, ao contrário do que busca a Lei nº 11.101/05 (...).

Passou-se do domínio da teoria francesa, na vigência do Dec. Lei 7.661/45, para uma forte influência da legislação falimentar estadunidense, contida na Lei nº 11.101/05, como se verá mais adiante. O cerne do Dec. Lei 7.661/45 era a defesa dos interesses dos credores, buscando minimizar-lhes os prejuízos. Isto se refletia em um processo moroso, no qual se buscava a liquidação com o intuito de satisfazer os débitos do comerciante.

No pós-guerra, muitas das nações buscaram reformar sua legislação falimentar com o intuito de soerguer as empresas em dificuldades. Os estadunidenses o fizeram por intermédio do *Bankruptcy Code*, em 1978. Os ingleses, por meio do *Insolvency Act*, em 1986; Portugal, em 1993; e a Espanha, em 2003. Quanto ao Brasil, Claro (2009: 89-90) destaca que o país:

permitiu que (várias) empresas tradicionais e importantes para o mercado falissem abruptamente, e aqui, obviamente, não se entra no mérito da questão a respeito dos motivos que levaram tais entidades a saírem do mercado. Grandes empresas genuinamente nacionais, tais como Hermes Macedo S.A. e Disapel Eletrodomésticos (no Paraná); as Lojas de Departamentos Mappin e Mesbla S. A. (em São Paulo); e sem falar no caso da Construtora Encol S.A. (Goiânia), que de fato se constitui em um dos mais rumorosos processos falimentares verificados no Brasil, no passado não muito distante, e apenas para ficar com alguns poucos exemplos, eram decerto grandes corporações que tinham em seus quadros inúmeros funcionários e contribuía para o desenvolvimento do país, mas foram retiradas do mercado competitivo. O Brasil precisou perder importantes empresas para só depois começar a refletir de uma forma mais sensata, racional e efetiva que o sistema jurídico, de fato, carecia de uma nova lei falimentar, que, antes, buscasse reestruturar corretamente a empresa em crise, e só depois tirá-la do mercado, caso esse fosse o melhor caminho a seguir no âmbito do processo.

O soerguimento da empresa em crise sob a égide do Dec. Lei 7.661/45 era improvável, a começar pelo critério de nomeação do síndico, constante do art. 60 do citado decreto:

Art. 60. O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes ou domiciliados no fôro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira.

Claro (2009: 92) volta a abordar o assunto com o brilhantismo que lhe é peculiar:

O caráter liquidatório-solutório prevalecia e poucos eram os juízes brasileiros (de vanguarda) que percebiam, de fato, a relevância dos institutos falimentares que objetivavam tentar, ao menos o soerguimento da empresa em crise, considerada teoricamente como momentânea. A interpretação da lei falimentar certamente foi um dos motivos que contribuíram de forma bastante significativa para o insucesso de processos de concordata preventiva e falência no Brasil. Importava, pois, em sede falimentar, a imediata liquidação do patrimônio arrecadado, a fim de que houvesse a plena e imediata satisfação do credor. Não importava averiguar quais eram as reais causas que deram ensejo à crise da empresa e muito menos analisar se a entidade tinha condições de voltar ao mercado.

Abordando aspectos da nova lei falimentar em relação ao disposto no Dec. Lei, Penteado¹⁸ (*apud* CLARO, 2009: 94) adverte que:

Não nos parece exato afirmar, como já tem sido propalado após a promulgação da nova Lei, que a falência perdeu seu caráter de cobrança coercitiva de dívida. Ao contrário, essa função sobrevive doravante, e foi até muito reforçada. Perdeu esse caráter, sim, no caso de cobrança imediata ou direta de dívidas de menor valor, por um único credor, que não atinja o limite referido no art. 94, I, da nova Lei. E deixou de ser tão célere, pois o prazo para a contestação foi aumentado de 24 horas para 10 dias (art. 98). O que vale dizer que esse meio de cobrança subsiste, com força coercitiva, pelo menos em duas hipóteses de cobrança direta: (i) quando um único credor pretender cobrar sua dívida requerendo, com base em obrigação líquida representada por título ou títulos executivos protestados (art. 94, § 3º, c.c. art. 9º, parágrafo único), cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta (40) salários mínimos na data do pedido de falência – porque a cobrança nesse caso provoca a execução coletiva (art. 94, I); (ii) quando um conjunto de credores, concertados, reunirem-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo referido no art. 94, § 1º.

¹⁸ PENTEADO, M. R. Comentários à lei de recuperação e falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JUNIOR, F. S. de; PITOMBO, A. S. A. de M. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005: 79.

Deve-se repisar que a função precípua da falência não é servir de instrumento de cobrança de dívida, mas, sim, o de procurar afastar do mercado o mau devedor. Esta visão da falência com principal finalidade de cobrança é resquício das práticas de cobrança sob a égide do Dec. Lei 7.661/45, nas quais, invariavelmente, havia o ingresso do pedido de falência como forma de compelir o devedor ao pagamento de dívidas vencidas e não pagas. As normas insculpidas no Dec. Lei 7.661/45 não propiciavam mecanismos para recuperar crises de pequenas empresas, sem falar da burocracia e da falta de efetividade ao lidar com crises de grandes empresas.

3.4 A necessidade de uma nova lei falimentar

A partir dos anos 1950, o Brasil vive um período de grande crescimento econômico, excetuando-se a década de 1980 e parte de década de 1990. Há muito já estava claro que a norma falimentar brasileira estava ultrapassada, sem consonância com a realidade e sem propiciar os meios para a recuperação de uma empresa em dificuldade demandados pelo mundo moderno. Neste eito, afirma Claro (2009: 111):

(...) não se olvide que, a par da tentativa de expansão econômica, o Brasil convivia com uma lei falimentar que tinha como base os ditames da lei francesa, ou seja, interessavam, para fins de falência, três fatores: que o devedor fosse comerciante; que praticasse o comércio com habitualidade e que tal prática ocorresse de forma profissional. Imperava, como dito, a Teoria dos Atos de Comércio, importando para a lei de regência se o comerciante exteriorizava, na prática, a atividade própria. Caso não exercitasse qualquer ato de comércio, em processo de falência não era permitido falar. Bem mais que isso, a Lei falencial de 1945 não tinha qualquer freio em relação ao credor, para o ingresso do pedido de falência. Noutras palavras, era de somenos importância o valor da dívida, e o que importava era o protesto para comprovar a impontualidade.

Das discussões acerca da necessidade de um novo regime falimentar, esclarecedor é o Parecer nº 534/2004, que teve como relator o senador Ramez Tebet. Trago à cola partes deste parecer referidos na já citada obra de Claro (2009: 112):

(...) o quadro econômico, político e social mudou dramaticamente. A realidade bem-comportada do pós-guerra verdadeiramente explodiu numa miríade de novas estruturas sociais e econômicas cujas fronteiras são imprecisas e de caráter ainda pouco definido. (...) A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei das Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.

No curso das discussões acerca da necessidade de uma nova legislação falimentar, um argumento recorrente era o de que a ela iria propiciar uma redução do *spread* bancário, nas palavras do senador Ramez Tebet (*apud* CLARO, 2009: 171):

(...) é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com a preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de crédito na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico (...).

Cinco anos após a promulgação da nova lei, os bancos brasileiros continuam a praticar a maior taxa de juros do mundo, só que, agora, seus créditos gozam de maior privilégio na falência. Sobre o tema, destaca Claro (2009: 172-173):

Primeiramente, o texto normativo de 2005 apresenta situação há muito não vista no país, invertendo a hierarquia estabelecida pelo art. 102 do Decreto-Lei n. 7.661/45, passando o credor com garantia real à frente do fisco, agora com o novo texto previsto no art. 83 da Lei n. 11.101/05. Sem adentrar em outros temas não menos relevantes, mas deveras espinhosos — tais como a participação dos credores em assembléia —, detém-se o presente a examinar a questão relativa ao *spread* bancário. A almejada (e utópica, certamente) ampliação ao crédito, especialmente para as empresas que se pretendem expandir no mercado, e a efetiva redução do custo, pelo menos no Brasil não têm ocorrido.

Ainda sobre o tema, prossigue o autor:

Também é de se afastar totalmente a idéia de que a instituição financeira, tendo melhor colocação hierárquica (art. 83), recebendo o que lhe é devido em sede de falência, terá mais condições de emprestar recursos com juros mais baixos. Nem sempre ocorre a satisfação, mesmo que parcial, dos créditos e nunca se viu, na prática, a redução do juro bancário em decorrência de recebimento de crédito em sede de falência (CLARO, 2009: 175).

Convém ressaltar que a base teórica da nova lei falimentar é a lei de falências estadunidense. Na verdade, é uma verdadeira colcha de retalhos, na medida em que contempla aspectos das leis estadunidenses, francesa, chilena e do próprio Dec. Lei 7.661/45. A *Bankruptcy Code* estadunidense presume que a empresa, temporariamente liberada do pagamento de seus débitos, poderia se reestruturar e voltar aos seus melhores dias, pagando seus credores e livrando-se da falência.

Tendo em vista a influência da legislação falimentar estadunidense na Lei nº 11.101/05 e das dúvidas referentes à eficácia da nova lei em lidar com empresas em dificuldades, Claro aborda o processo de reestruturação da *General Motors*. Neste processo, o que se constatou foi uma política por parte da empresa de transferência de empregos para onde a mão-de-obra era mais barata. Nas palavras do autor (2009: 137):

(...) a reorganização judicial das grandes corporações, com base na legislação estadunidenses, começa sempre e irremediavelmente com o corte abrupto de postos de trabalho, com a dispensa imotivada de elevado número de trabalhadores e fechamento de fábricas. As crises da referida montadora (a *General Motors Corporation*), pelo que se vê, são cíclicas, e quase invariavelmente os trabalhadores têm prejuízos, e os primeiros a ser penalizados quando se fala em reestruturação da empresa em crise.

Claro prossegue demonstrando sua oposição à Lei nº 11.101/05 (2009: 139):

(...) O legislador nacional não se atentou para significativa (e gritante) realidade econômica, social, política e financeira do Brasil e dos Estados Unidos. A visão opaca quando da elaboração da Lei nº 11.101/05 pode resultar em falências de empresas nacionais e a ausência de visão quanto a novos caminhos que poderiam ser trilhados quando se coloca a tentativa de reorganização da empresa em crise. (...) O mundo radicalmente mudou (inclusive e principalmente no âmbito socioeconômico) e não há como socorrer financeiramente as empresas que derrapam nas curvas do mercado competitivo, além de se lhes conceder uma lei que possa ser instrumento de auxílio à

tentativa de soerguimento. A dispensa em massa de colaboradores (funcionários); o enxugamento da empresa e a tentativa de recuperação a fim de se manter no mercado competitivo, situação essa muitas vezes impossível de ocorrer, são o resultado imediato disso.

Discordo do ponto de vista externado por Claro, na medida em que considero o corte de funcionários e o fechamento de unidades deficitárias ações legítimas em um processo de reestruturação da empresa. Os elevados custos operacionais são, em regra, os principais motivos de crises em empresas. Lembro que, se tudo estivesse funcionando de maneira otimizada, a empresa não estaria em dificuldades. A demanda por uma visão social por parte da empresa tem como limite os seus custos. Aliás, em muitas situações, caso não sejam tomadas medidas duras como o corte de funcionários e/ou o fechamento de unidades deficitárias, não apenas parte, mas todo o corpo funcional poderia perder seus empregos.

Mais à frente, após a análise dos preceitos constitucionais econômicos e sociais referentes à empresa e da função social da empresa, analisaremos com mais profundidade a Lei nº 11.101/05.

4 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS REFERENTES À EMPRESA

Cumpre-nos, neste capítulo, abordar a fundamentação constitucional da função social da empresa.

4.1 Realização da política econômica

Iniciamos destacando o art. 170 da Constituição Federal¹⁹, que elenca as hipóteses de realização de política econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

4.2 Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República

O *caput* do artigo citado apenas reforça o que já foi considerado, em nossa Carta Magna, como fundamento do nosso estado, senão vejamos o mandamento constitucional contido no art. 1º, IV:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Sobre este artigo, Lemos Junior (2009: 140) afirma:

(...) o constituinte quis trazer o secular conflito entre o capital e o trabalho para o campo constitucional. Isso quer dizer, ainda, que os governos de quaisquer matizes ideológicas terão de levar em conta, na elaboração de suas políticas econômicas, tanto a livre iniciativa quanto a valorização do trabalho humano. Profundamente positiva a inserção desses valores constitucionais também na categoria de fundamentos da ordem econômica, pois as atividades econômicas é que representam o campo ideal para a implementação dessas transformações criadoras.

Do embate entre o Estado Liberal e o Estado Social Intervencionista surgiu esta norma que, nas palavras de Silva²⁰ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 149):

Do embate entre estas duas ideologias surgem, nos textos constitucionais, princípios de direito econômicos e sociais, formando o chamado conteúdo social das constituições.

²⁰ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003: 763.

Convém citar, também, o art. 193²¹: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Ferraz Junior²² (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 147), ao abordar o assunto no que concerne às diferenças entre a justiça social na ordem econômica e na social, afirma:

A ordem econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores fim.

Há opiniões discordantes no alcance e no objetivo das normas contidas nos artigos referentes à Ordem Econômica. Há os que se perfilam ao lado de Silva²³, no sentido de que: “a atuação do estado é apenas uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, por meio da imposição de condicionamentos à atividade econômica, racionalizando a vida econômica” (SILVA *apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 150) dentre outros, como Lemos Junior (2009: 150), que defende que:

(...) todos os princípios e preceitos inseridos no título da Ordem Econômica (...) implicam limitações ao direito de propriedade. Essas limitações foram concebidas, no trato das atividades econômicas, para que as empresas cumpram sua função social. Se a primazia constitucional para a exploração da atividade econômica pertence à iniciativa privada, os empresários estão jungidos à observância de sua responsabilidade social. É a função social da propriedade – dinamizada no âmbito da empresa-, são os direitos do consumidor, é a defesa ambiental, tudo isso representando limitações de ordem pública a que as empresas privadas devem se submeter.

²¹ **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A legitimidade na constituição de 1988.** In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio *et al.* Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1989.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

4.3 A função social da propriedade na Constituição Federal

Maurano²⁴ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 151) elenca alguns dispositivos constitucionais relativos à função social:

- A **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III) como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);
- Os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º inc. IV) e – **valorização do trabalho e livre iniciativa** – como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);
- A **erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais** como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3, inc. III) – **a redução das desigualdades regionais e sociais** também como princípio da ordem econômica (art. 170, inc. VII);
- A sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos **ditames da justiça social** (art. 170, *caput*);
- A **soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução as desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital acional de pequeno porte**, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170.

Para bem compreender a função social da empresa, convém que abordemos a função social da propriedade, constante dos seguintes artigos de nossa Carta Magna:²⁵

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

²⁴ MAURANO, Adriana. Sistema e modelo econômico na Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, a.10, n. 918, 7. jan. 2006. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7797>. Acesso em: 12 de setembro de 2006.

²⁵ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social ficou mais bem delineada após a promulgação de nossa Carta Magna de 1988, e esta ideia também foi abraçada por nosso Código Civil de 2002, especialmente quando o mesmo aborda a função social do contrato. Ambos os textos legais nos conduzem a uma reflexão que nos leva ao abandono da visão egoísta, que teve como alicerce o liberalismo.

Nas palavras de Amaral (2008: 12):

(...) O liberalismo enquanto corrente do pensamento filosófico e político nada mais foi do que uma teoria que teve por base e corolário a idéia de liberdade individual, já que não só dela se valeu, mas também a expandiu e consolidou.

Dallari²⁶ (*apud* AMARAL, 2008: 12) assevera que:

O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual e, qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima.

Portanto, o que as revoluções liberais buscavam era permitir que a classe burguesa pudesse prosperar no comércio e nas demais atividades mercantis, fazendo-se necessário, segundo a lição de Amaral (2008: 53):

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 275.

(...) garantir a liberdade, num gesto contrário à existência de corporações de ofício que dificultavam a realização do que hoje conhecemos como livre iniciativa, a igualdade perante as leis do Estado, submetendo-se este último ao rigor legal, e a garantia de que seria possível a existência da propriedade individual, sem a qual o advento capitalista não poderia se estabelecer.

Posteriormente às revoluções liberais, inicia-se uma fase chamada do constitucionalismo chamada de garantista, pois as constituições promulgadas neste período buscavam limitar as ações estatais, garantindo, desta forma, o livre exercício dos direitos individuais, especialmente a livre iniciativa econômica, tão cara aos burgueses.

Ainda sobre este assunto, trazemos à cola a contribuição de Fábio Nusdeo²⁷ (*apud* AMARAL, 2008: 15):

As constituições clássicas caracterizaram-se como constituições-garantia, destinadas, por um lado, a submeter o Estado a controles endógenos, isto é, operantes dentro de sua própria mecânica funcional e estrutura, fundadas ambas no princípio da divisão dos poderes e, por outro lado, a contê-lo dentro de acanhados limites de ação, interferindo o mínimo possível na liberdade de movimentos dos cidadãos, escudados pelo rol dos direitos e garantias individuais.

O Liberalismo, preocupando-se apenas com a liberdade individual, contentou-se com a igualdade formal e não propiciou os meios para o exercício efetivo da igualdade material.

Portanto, tanto o estado quanto o direito moderno foram instrumentos utilizados para o fortalecimento do capitalismo, sistema que se utiliza do binômio propriedade privada e liberdade de contratação e de concorrência. Se a propriedade é o objetivo final do sistema, o contrato é o meio de viabilização do mesmo, na medida em que garantia à classe burguesa a possibilidade da livre contratação e a plena autonomia de vontade, imprescindível à livre iniciativa. O estado liberal, servindo como base ao capitalismo, viabilizou a sua existência. Para os defensores do liberalismo, a livre concorrência, a livre iniciativa, a liberdade de escolha do consumidor levaria ao enriquecimento de todos.

Sobre o assunto, sustenta Amaral (2009: 41):

²⁷ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: RT, 1995, p. 10.

Com o advento das revoluções liberais, bem como após período de avanço em termos de produção e industrialização, a burguesia passou a querer ter por direito a acumulação de riquezas, retirando do Estado, até então absolutista, o direito de impor quaisquer restrições sobre o exercício da propriedade. Buscava-se, assim, dar maior sustentabilidade ao sistema capitalista que passava a vigorar. Nesse compasso. Não fica difícil perceber que a propriedade ganhou traços de absolutização. Num período em que o liberalismo estava em seu auge, criando e servindo de subsídio à sustentação do sistema econômico capitalista, qualquer restrição estatal ao direito de propriedade importaria, sob ótica da época, restrição da liberdade individual.

Esclarecendo por que a noção de liberdade caminhava para uma ligação, cada vez maior, à propriedade de bens, Ferraz Jr.²⁸ (*apud* AMARAL, 2008: 45) explica:

Assim, só no ter algo a liberdade parecia adquirir uma certa substancialidade. Esse ter algo, que inicialmente se refere à propriedade, levava a um aburguesamento da liberdade no sentido da liberdade capitalista e à distinção social entre os que têm e, assim, são verdadeiramente livres, e os que são destituídos de propriedade e, conseqüentemente, de liberdade.

Qual o papel do chamado “estado-mínimo” nesta sociedade? Amaral (2009: 47) nos traz esclarecedora lição:

(...) a mesma liberdade que permitiu a construção de uma idéia de propriedade como atributo do indivíduo afastado de qualquer restrição, também construiu o instituto contratual como sendo aquele pelo qual indivíduos livres e detentores de bens fazem acordos que se constituem como lei entre ambos e, por conseguinte, permitem um ajuste bilateral ou plurilateral, distante da intervenção do Estado Liberal (Estado mínimo), mas dependendo de uma mínima regulação abstrata desse mesmo Estado, a fim de que as relações particulares (contratuais) sejam respeitadas e coordenadas no seio social.

E continua Amaral (2009: 54):

²⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 107.

Um dos mais renomados autores do período liberal, repetidas vezes citado, foi ADAM SMITH. Para ele, o Estado deveria garantir os direitos individuais em comento, a fim de que os indivíduos pudessem exercer plenamente as atividades burguesas (econômicas). Por outro lado, também deveria o Estado se manter afastado das relações de cunho comercial, deixando que a economia, por meio de seus diversos fatores, demonstrasse a capacidade que tinha, em tese, de regular as forças do mercado (mão invisível).

A passagem do Estado Liberal para o *welfare state* — Estado do bem-estar social — deu-se de forma bem gradual. Um sistema de natureza mista, no qual o Estado não ficasse completamente ausente do plano econômico, começou a se esboçar no final do século XVIII.

Sobre isso, esclarecedora é a lição de Fábio Nusdeo²⁹ (*apud* AMARAL, 2008: 57):

(...) A alteração no sistema liberal puro se deveu à consciência de que o mercado, malgrado suas evidentes qualidades, não é um mecanismo apto a resolver e equacionar todas as situações que se apresentam a um sistema econômico. Por um lado, ele contém falhas operacionais; por outro, não consegue assegurar a realização de certas metas ambicionadas pela sociedade através de seus canis de expressão política.

Portanto, a partir do instante em que resta clara a incapacidade do mercado de se auto regular, de administrar, por seus próprios meios, os fatos econômicos cada vez mais complexos, fez-se necessária a intervenção do Estado no que concerne à implementação de programas que buscassem o desenvolvimento social. Esta intervenção não tem como objetivo a estatização ou a total condução da economia, mas sim, balizar a atividade econômica, no intuito de que a mesma obtenha resultados que contribuam para a prosperidade social.

Da lavra de Amaral (2009: 59), temos que:

(...) Foi, todavia, com a consolidação do Estado social que se pôde conferir ao Estado a função de regular os objetivos da vida pública, a fim de conferir maior equilíbrio e prosperidade à sociedade, garantindo a manutenção do capitalismo. Logo, uma vez fragilizado o liberalismo e, por conseguinte, o Estado liberal, passa-se à fase de implementação do Estado social ou ainda Estado do bem-estar social. Após a primeira Grande Guerra Mundial, com os abalos sofridos pela Europa, o Estado deixa de figurar nos bastidores para tomar espaço no cenário das relações sociais e econômicas, isto é, passa a figurar nos sub-sistemas que até então eram relegados à iniciativa privada. Na

²⁹ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 17.

realidade, o Estado passa a intervir na economia, tentando minimizar as desigualdades sociais e atender às necessidades da população marginalizada.

Como marco desta realidade, temos a promulgação da Constituição de Weimar em 1919. Em um ambiente de completa devastação na Alemanha, esta Carta Magna buscou, por intermédio da garantia dos direitos sociais, contribuir para a reconstrução deste país. Marco importante do Estado social, esta constituição foi a primeira a delinear, de forma expressa, quais programas deveriam ser implementados pelo Estado, com a participação da sociedade. Inaugurando o conceito de constituição-programa, ela declarava os objetivos e os meios pelos quais se atingiria um maior equilíbrio da coletividade, trazendo, por fim, prosperidade para todos.

Amaral (2009: 60) nos oferece importante contribuição sobre o tema:

Outra importante constituição promulgada nessa mesma época, dois anos antes da alemã, portanto em 1917, foi a Constituição mexicana. Nela, a tese segundo a qual a propriedade é um direito natural e inviolável foi veementemente negada, a priori, ao que afirmou ser da nação o solo, podendo ser transmitido aos particulares. Tal entendimento foi de extrema importância para abalar de vez os pilares do liberalismo. Afinal, jamais se tinha visto um movimento constitucional que de maneira explícita colocasse em questão o caráter sagrado da propriedade privada, alicerces do sistema liberal. A Carta Constitucional mexicana passa a preocupar-se com a destinação que o particular dará à terra que possui, bem como aos recursos minerais dela extraídos, não por se preocupar com o que o indivíduo fará meramente com o que detém sob o ponto de vista individual, mas sim como forma de impor ao indivíduo o dever de agir em prol do tecido social, evitando condutas contrárias à sociedade. O estado social é, portanto, um estado que tem por escopo o bem-estar da sociedade, sendo norteado pelos ditames da justiça social, no intuito de recuperar a estabilidade da coletividade, diminuindo as desigualdades apresentadas ao longo do período em que viveu o liberalismo.

Ainda sobre o tema, prossegue o autor:

O ponto central da passagem do Estado liberal para o Estado social é a mudança de foco. No primeiro, o indivíduo era motivo norteador da ação estatal, ao que o Estado deveria respeitar suas leis e garantir a livre iniciativa no mercado, abstendo-se de interferir no campo econômico, comportando-se de maneira mínima. No segundo, o foco recai sobre a sociedade e ganha importância o bem-estar coletivo, sobretudo em razão das desigualdades trazidas pelo liberalismo puro, o qual, na prática, não seguiu como deveria a idéia de ADAM SMITH. Assim, o Estado ganha o papel de gente regulador das relações sociais e econômicas, ao que passa a intervir inclusive no domínio econômico,

sem que isso implique em perda dos direitos individuais, como forma de garantir a consecução de políticas públicas básicas, a fim de propiciar maior equilíbrio entre os indivíduos que compõem a sociedade, promovendo o bem-estar desta última (Idem).

O Estado de bem-estar trouxe consigo a ideia de função social dos institutos, na medida em que eles passam a ter a finalidade de contribuir para o bem-estar da sociedade, ou seja, a cada ato, a cada decisão, devem ser consideradas aquelas que melhor consultem os legítimos interesses da coletividade. Neste contexto, citamos os seguintes exemplos de funções atribuídas aos instrumentos jurídicos: função social do contrato, função social da propriedade e função social da empresa.

Ainda sobre o tema, valemo-nos, novamente, das palavras de Amaral (2009: 69)

No contexto do Estado Social, todavia, os institutos jurídicos não mais são garantidos para a consecução de objetivos individuais. Ao contrário, passam a ter que exercer o que hoje chamamos de função social. A função social do direito é garantir o exercício de direitos pelos indivíduos e pela sociedade que contribuam à consecução dos objetivos sociais. Tudo o que há na esfera jurídica deve guardar relação com a sociedade à qual serve.

Se sob o patrocínio do liberalismo a propriedade era considerada um direito inabalável, pleno, no Estado social exige-se da propriedade uma função social, sob pena da intervenção do Estado. Neste momento, a sociedade já tinha reconhecido que um exercício absoluto do direito de propriedade, no qual o indivíduo possa definir a finalidade dada a ela, poderia trazer um enorme prejuízo social. Ou seja, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo para se tornar a função social do detentor da riqueza. Portanto, cumprir função social da propriedade significa buscar-se uma forma de compatibilizar a fruição individual do bem com um atendimento dos objetivos sociais de determinada sociedade, constituindo-se verdadeiro poder-dever do proprietário. Em outras palavras, o detentor da riqueza deve dar uma utilidade social a seus negócios, utilizando a propriedade de maneira a trazer benefícios a toda a coletividade. Diante do exposto, concluímos que a propriedade privada teria natureza dupla: uma natureza individual, privada, ligada à ideia de *dominus* do direito romano e uma natureza pública, no qual o exercício do direito de propriedade está associado a uma atuação que contemple os interesses sociais.

Para espancar qualquer dúvida acerca do sentido da função social da propriedade, trazemos à cola importante contribuição de Petter³⁰ (*apud* AMARAL, 2009: 82):

(...) a propriedade será socialmente funcional quando, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais.

Ainda sobre a função social da propriedade, Hironaka³¹ (*apud* AMARAL, 2009: 83) assevera:

A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daqueles que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social.

O contrato, no Estado social, tem como pressuposto o solidarismo, ou seja, é dotado de dimensão social devido às repercussões no seio da sociedade. Tais efeitos do contrato na sociedade devem ser levados em conta. Ademais, a condição econômica das pessoas envolvidas ganha importância.

Antes de abordarmos a função social da empresa, especificamente, finalizamos a questão da função social da propriedade com texto da lavra de Amaral (2009: 89):

O fato incontestável, no entanto, está na afirmação de que a antiga máxima da autonomia da vontade, apregoada pelo Estado liberal com uma das suas maiores conquistas, não mais há de se impor de maneira ilimitada. O "*pacta sunt servanda*" não resta mais atrelado à simples idéia de autonomia da vontade, vez que os corolários do contrato implicam o conjunto de interesses que não se circunscrevem à esfera privada das partes contratantes. Isto é, tal máxima latina se encontra vigente, mas com novas balizas, com teor de função perante o contexto contratual inserido no seio social.

³⁰ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal. São Paulo: RT, 2005, p. 212.

³¹ HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Função social do contrato**. Revista de Direito Civil, v. 45, p.141 e 144, 1988.

4.4 A função social da empresa

Discussão de longa data, a função social da propriedade encontra-se referida na Constituição Federal de 1988. A norma insculpida no art. 170, III, nada mais é do que a repercussão desta visão no seio da empresa, a fonte normativa do princípio da função social da empresa. Diante disto, resta-nos reconhecer que à empresa cabe não apenas buscar os interesses de seus acionistas, mas, também, de toda a sociedade e de seus colaboradores, em especial. Carvalhosa³² (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 154) afirma que:

(...) a empresa tem uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Para ele existem três funções sociais da empresa: ‘A primeira, refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados (...) a segunda, volta-se ao interesse dos consumidores (...) a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.

Gomes (2010) traz interessante contribuição para a delimitação jurídica de função social da empresa, pois, para a autora,

deve-se ampliar a interpretação do conceito jurídico da propriedade. Isso porque o objeto da função social não é a empresa em si, uma vez que esta é uma abstração jurídica e uma atividade econômica, mas a riqueza que produz (bens de consumo e bens de produção), seu fundo de comércio (bens móveis e imóveis, marcas, patentes, *know how*) e seu valor de posição no mercado e na sociedade.

Além do citado art. 170, III, da Constituição Federal, a função social da propriedade e da empresa também é abordada em vários outros textos legais. Se não, vejamos: o art. 1228 do código civil de 2002 ao tratar da propriedade em geral; o art. 50 do mesmo diploma legal, ao

³² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 237.

tratar da desconsideração da personalidade jurídica; os artigos 154 e 116, § único da Lei da S.A.; o Código de Defesa do Consumidor; a lei 9.605, que tutela o meio ambiente etc.

Amaral (2009: 111) nos traz interessante classificação para a empresa dentre as espécies de propriedade. Informando que a propriedade estática não leva em conta o uso do bem sobre o qual recai o direito de propriedade, mas, sim, o poder emanado e atrelado ao direito de propriedade, acrescenta que:

A empresa é um complexo de relações jurídicas e econômicas, analisada pelo prisma da atividade econômica exercida. Não há como, pois, classificar a empresa em categoria distinta daquela imposta pelo conceito de propriedade dinâmica.

Sobre este tema, aduz Eros Roberto Grau³³ (*apud* AMARAL, 2009: 112):

“(…) no momento estático a propriedade é direito subjetivo; no dinâmico, função. Se pensarmos a propriedade dos bens de produção, em organização de tipo capitalista, aí teremos, nos dois momentos, a sociedade e a empresa. A sociedade – os acionistas – detém uma situação jurídica de pertinência. Já a empresa, detém o poder que dos bens sociais emergem. Daí podermos sustentar que a sociedade existe juridicamente enquanto situação subjetiva — direito — ao passo que a empresa existe juridicamente enquanto fonte de poder — função. Desde tal verificação se abre uma vertente de largos horizontes, a ensejar o esboço da tese segundo a qual a sociedade é sujeito de direitos enquanto expressão do direito, ao passo que a empresa ocupa esta situação, nutrindo-se de subjetividade, enquanto fonte de poder”.

Conforme citado anteriormente, com o aumento da importância da atividade empresarial após a revolução industrial, reconhece-se a função social da empresa. Esta feição social faz com que a empresa seja vista como importante fator na busca da realização dos objetivos fundamentais dos Estados nacionais. O xis da questão é a conciliação dos objetivos da empresa (o lucro) com os objetivos do Estado, sob pena de se inviabilizar a atividade empresarial. Cumprir a função social da empresa não implica abandonar a ideia de lucro, mas, sim, buscá-lo com a consciência de que as ações da empresa podem contribuir sobremaneira para o desenvolvimento social, econômico, cultural etc.

³³ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981, p. 131.

Sobre o lucro como objetivo das empresas, Capel Filho esclarece:

A empresa moderna deve voltar a sua atenção para os anseios sociais, inserindo um comportamento ético e socialmente responsável, com políticas de preservação e valorização, de forma a conquistar o reconhecimento público quanto a sua exemplar atuação, pois assim estará conquistando o mercado e realizando sua função social, sem desprezar a sua finalidade primeira: o lucro.

Não comungamos com aqueles que demonizam o lucro. Não vemos o lucro como consequência do exercício da função social da empresa, ou seja, não é o respeito à sua função social que fará com que a empresa tenha lucro, pelo menos no curto prazo. O lucro advém, dentre outras coisas, de um bom leque de produtos, com preços justos, que atendam às necessidades dos consumidores e, sobretudo, de uma estrutura enxuta de custos. Há posições discordantes, Teles assevera:

A missão da empresa é fazer circular riquezas e produzir bens e serviços. O lucro é uma consequência para quem cumpre com responsabilidade sua função, sem causar prejuízos a terceiros.

Ferreira nos apresenta os seguintes princípios norteadores da função social da empresa:

Princípio da dignidade empresarial

A dignidade empresarial se expressa através do exercício da atividade econômica de forma equilibrada, sem abusos, cumprindo com as funções econômica e social, de forma adequada aos preceitos constitucionais, delimitados pelo abuso do poder econômico, a concorrência e a proteção ao direito do consumidor. A ética empresarial, também, é observada quando a empresa inclui na relação custo x benefício, a dimensão do benefício social.

Princípio da moralidade empresarial

Por este princípio são indicadas, como funções sociais e também éticas da empresa, zelar pelo nome da empresa; zelar pela qualidade de seus produtos, serviços e atendimentos; exercer suas atividades formalmente, evitando a informalidade que é sonegadora; atender as necessidades do consumidor de forma adequada, prestando todas as informações devidas.

Princípio da Boa-fé empresarial

No que se refere ao universo negocial, a boa-fé empresarial destaca-se como terceiro princípio a ser observado no ambiente da eticidade empresarial. Fala-se aqui, evidentemente, da Boa-fé objetiva, significando: uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Trazemos à cola importante contribuição de Amaral (2009: 116) acerca dos limites da liberdade de iniciativa:

Nesse sentido, encontrando previsão legal, a função social da propriedade e, por conseguinte, da empresa, importa o exercício da atividade empresarial em consonância com o ordenamento jurídico, sob pena de restarem verificadas flagrantes hipóteses de abuso de direito, não somente contrárias aos consumidores, à cidadania, à livre concorrência e ao meio ambiente, mas, justamente por tais fatos, contrária à própria sociedade capitalista.

Assim, o exercício da atividade capitalista deve sim levar em conta a livre iniciativa também garantida pela Constituição, porém, há de ser conciliada com os demais princípios norteadores da atividade econômica. Logo, num ordenamento que prevê a função social como princípio, haverá de ser dado ao particular liberdade de iniciativa, mas jamais se poderá entender tal liberdade como desprovida de limites, os quais são facilmente encontrados nos demais princípios constitucionais.

Como resultado da opção de se abandonar a visão egoísta do Liberalismo, impõe-se ao detentor da riqueza uma destinação a esta riqueza que propicie um desenvolvimento da sociedade. Cabe ao Estado intervir para fazê-lo cumprir esta função social.

Não devemos, entretanto, confundir a função social da empresa com a responsabilidade social. Por ser bastante elucidativo, trazemos, na íntegra, texto da lavra de Amaral (2009: 117):

A previsão legal de institutos que impõem função social à propriedade e lhe delimitam a incidência é de suma importância, inclusive para que se diferencie a função social da empresa da responsabilidade social desta última, a qual é por vezes denominada cidadania empresarial. Aquela, por encontrar previsão legal, é dotada de certo grau de coercitividade emanada da própria norma que a prevê. Esta, no entanto, encontra-se no plano da liberalidade do empresário, no que tange ao auxílio a terceiros que não estejam

envolvidos diretamente em sua atividade empresarial, ficando muito mais no plano de fraternidade e da beneficência do que da legalidade.

Ademais, no que concerne à responsabilidade social, por mais que grandes empresas se coloquem como titulares de programas dessa natureza, há de se afirmar que a dita cidadania empresarial está, no mais das vezes, vinculada a programas que acabam por aumentar a rentabilidade das empresas sem implicar a proporcional melhora do contexto social. Ou seja, sob o argumento da responsabilidade social, grandes empresas aumentam seus rendimentos, passando boa imagem aos seus consumidores, mas, na realidade, não exercem essa responsabilidade de sorte proporcional aos lucros que auferem, por mais que divulguem a obediência a essa proporcionalidade.

Muitos sustentam que essa não seria uma função do empresário. Isto é, o que o empresário busca é o lucro, não tendo dever algum em relação ao resto da sociedade. Esse argumento é digno daqueles que se prendem ao passado e ignoram a nova realidade social. A promulgação de constituições programáticas é a prova de que o mercado e suas forças não conseguem se regulamentar autonomamente, pois prejudicam não só o próprio mercado, mas também indivíduos e direitos de natureza difusa e coletiva. A função social da empresa nasce da constatação dessa incapacidade do mercado e de seus evidentes prejuízos.

A confusão entre a função social e a filantropia social é bastante comum, especialmente pela quantidade de programas de televisão que abordam a pobreza alheia com sensacionalismo. Sobre o assunto, Capel Filho leciona:

(...) Por óbvio vício de consciência coletiva, grande parte da população passou a entender que tal responsabilidade se identifica com filantropia, na espera de que as empresas assumam um papel que as motive à distribuição dos lucros com a sociedade, financiando alimentação, medicamentos, tratamentos de saúde, segurança, casa própria, etc.

Muito embora saibamos, no meio acadêmico, conceituar e diferenciar com clareza as posições e funções sociais envolvidas, a mídia emotivo-sensacionalista acresce peso ao referido vício, perante a massa desletrada. Ela, a mídia, preenche o ócio do cidadão com matérias que redundam em patrocínios pecuniários ou em forma de doações, por parte de empresas que anseiam por segundos de marketing no horário nobre, às pessoas carentes ou, de preferência, que tenham uma escandalosa história de dor e angústia, para reter a atenção emotiva do telespectador e, ao final, encher de caros presentes o moribundo protagonista e sua prole, como compensação pelo sofrimento e, ao mesmo tempo, para alimentar a autopiedade coletiva dos telespectadores.

Podemos dividir a função social da empresa em endógena e exógena. Como exemplos da função social endógena estão aquelas ligadas à produção: relações trabalhistas, ambiente no qual

o trabalho é realizado etc. Já a função social exógena leva em conta fatores externos à atividade da empresa e tem como exemplos suas relações com os consumidores, fornecedores, com o meio ambiente, com o fisco etc.

Sendo assim, falar-se em uma função social da empresa é alertá-la de que suas atividades devem também ser voltadas para fins sociais, em consonância com os interesses da sociedade, por intermédio do cumprimento de seus deveres jurídicos com todos os “públicos” que a cercam: o interno, na figura dos colaboradores, e o externo, na medida em que lida com o fisco, com clientes, com fornecedores etc. Essa preocupação social não se deve a altruísmo ou caridade, mas, sim, a normas que buscam condicionar o comportamento externo das empresas, que estão vinculados a obrigações jurídicas insculpidas na Constituição Federal e em várias normas infraconstitucionais, dentre elas, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a lei falimentar, a legislação ambiental etc. No caso de desobediência aos preceitos contidos nas citadas normas, advirão repercussões cíveis, penais, administrativas etc.

Lembramos que os direitos fundamentais sociais dos clientes e colaboradores devem ser respeitados nas relações da empresa com eles. Em outras palavras, os colaboradores devem ter contratos de trabalho que privilegiem sua saúde, sua integridade, que propiciem uma remuneração compatível com suas atribuições etc, os clientes devem celebrar contratos nos quais os direitos do consumidor sirvam como norte, nos quais também não haja cláusulas leoninas, que atentem contra o princípio da boa fé etc. Da Constituição Federal extraímos a fundamentação para a função social da empresa, tendo em vista que a atividade da empresa deve pautar-se pelo respeito aos direitos dos indivíduos direta ou indiretamente ligados a ela.

Por fim, Amaral (2009: 123) assim se posiciona acerca dos objetivos que se buscam com a princípio da função social da empresa:

Destarte, da mesma forma que o Estado brasileiro assegura a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada, não podem deixar de atrelar a atividade empresarial ao respeito para com a soberania nacional, a atenção aos consumidores, a preocupação e a responsabilidade nas questões ambientais. Enfim, ao mesmo tempo em que se tutela a atividade empresarial, há de se garantir por meio do texto constitucional, a continuidade de uma sociedade equilibrada, a fim de que se atinja, por intermédio da ordem econômica, o objetivo de se dar vida digna a todos os cidadãos brasileiros.

5 FUNÇÃO SOCIAL E FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO

5.1 A função social e a sustentabilidade

O desejo de empreender está contido dentro de um conceito mais amplo de liberdade no campo econômico e jurídico. Partindo-se deste pressuposto, poder-se-ia pensar que o risco empresarial, representando um lado da moeda, e a aferição de lucro, o outro lado, devem repercutir, apenas, no âmbito patrimonial privado do empreendedor; ou seja, o risco da insolvência é o contraponto à possibilidade de apropriação da riqueza produzida. Neste espaço privado da sociedade, no qual a empresa atua, não caberia ao Estado interferir.

Ocorre que o mundo jurídico público e privado não se resume a preto e branco, pois há vários matizes de cinza. Sobre o assunto, afirma Mamede (2009: 164):

Essa compreensão da empresa por sua dimensão e finalidades privadas, no entanto, não exclui a compreensão concomitante de sua *função social*, ou seja, do interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado. A organização estruturada dos meios e processos de produção para intervenção e atuação no mercado, visando à produção de vantagens econômicas apropriáveis, é determinada pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços e, embora a finalidade imediata seja remunerar o capital nela investido, beneficiando os seus sócios quotistas ou acionistas, há um benefício mediato que alcança empregados, fornecedores, consumidores, o Estado. A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com sua atividade. (...) é preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social.

Portanto, intrinsecamente ligados estão os princípios da função social da empresa e o princípio da preservação da empresa. Para qualquer observador atento, fica claro que um novo empreendimento pode mudar as feições de uma comunidade. Esta é a realidade de muitas cidades do interior do estado do Ceará. Sobral, por exemplo. Neste município, o estabelecimento de uma grande empresa do setor calçadista propiciou a criação de mais de 12 mil empregos diretos, fora os milhares de empregos indiretos. O comércio local foi impulsionado e a arrecadação de tributos elevou-se bastante.

Neste ponto, faço as seguintes perguntas: *o enfrentamento de uma eventual crise por esta empresa interessaria apenas aos seus acionistas? Qual seria a repercussão de uma eventual crise neste empreendimento para o seu entorno, nomeadamente, os seus funcionários, seus fornecedores, a arrecadação de tributos e, por fim, a teia social?* Portanto, uma situação hipotética de crise em uma empresa, pela importância dos bens tutelados deve, sim, ser objeto do apoio do Estado, e a Lei nº 11.101/05 oferece alguns instrumentos.

Conforme Brevidelli³⁴ e Ferreira³⁵ (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 24), a função social

reside não em ações humanitárias efetuadas por elas, mas sim no pleno exercício da atividade empresarial, ou seja, na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para a criação ou circulação de bens e serviços. Encontra-se a função social da empresa na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação de mercado econômico, entre outros fatores, sem esquecer do papel importante do lucro, que deve ser o responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico, realimentando processo de novos empregos, novos investimentos, sucessivamente.

A função social está alicerçada em preceitos constitucionais, conforme visto no item anterior, bem como no art. 1228, § 1º do Código Civil de 2002. Vejamos:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

³⁴ BREVIDELLI, Scheilla Regina. A função social da Empresa: olhares, sonhos e possibilidades. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=1152>>. Acesso em : 20 set. 2006.

³⁵ FERREIRA, Felipe Alberto Verza. Função Social da Empresa. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 9, n. 731, 06.06.2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6967>. Acesso em: 24 ago. 2006.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Por óbvio, estritamente ligada ao tema da função social está a ideia de sustentabilidade da empresa. Sobre o assunto, Claro (2009: 188) afirma:

De fato, a sustentabilidade da empresa tem a ver com a prática de atos devidamente planejados, sem ferir o meio ambiente; o mercado no qual atua a entidade; e os interesses da coletividade (sociedade), a fim de que se busque a perenidade empresarial, destaque-se que cabe à empresa criar de forma ética um novo modelo de gestão e que seja capaz, efetivamente, de apresentar ganhos (lucros) aos proprietários e ao mesmo tempo espraie efeitos positivos no âmbito social e ambiental. O desenvolvimento sustentável de uma empresa tem ligação direta com uma postura séria, ética e moral, perante a coletividade, o meio ambiente e o próprio Estado, em última instância.

A ideia de função social da empresa não é pacificamente aceita por todos. Há quem defenda que a empresa capitalista tem como objeto, apenas, a busca pelo lucro e sua distribuição — esta seria sua finalidade precípua. Nesta corrente, filia-se Comparato³⁶ (*apud* CLARO, 2009: 191):

(...) incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho desta atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará abusos; em suma, promover a justiça social. (...) A tese da função social das empresas apresenta hoje sério risco de servir como disfarce retórico para o abandono, pelo estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República, construir uma sociedade livre e solidária (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

³⁶ COMPARATO, F. K.. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 85, v. 732, out. de 1996. P. 45.

Mesmo assim, entendemos que os donos das empresas não podem buscar apenas o lucro, pela importância social da empresa no mundo atual, eles devem, na medida do possível, proporcionar um ambiente de trabalho saudável para seus colaboradores, buscar estabelecer parcerias comerciais com seus fornecedores e clientes, respeitar o meio ambiente, buscar cumprir o seu objeto social e ser pontual no pagamento de suas obrigações.

5.2 A recuperação da empresa

Conforme abordado no capítulo anterior, o Brasil custou a abandonar a Teoria dos Atos de Comércio por uma teoria que privilegiasse a recuperação da empresa. A crise temporária foi objeto de inovação da nova legislação falimentar. Recuperar a empresa, nesta situação, é um dos objetivos da nova lei. Já a crise fatal é aquela que não enseja qualquer possibilidade de recuperação. Nestes casos, a saída é sua retirada do mercado por intermédio da falência. Nesse sentido, Claro (2009: 198-199) aponta que

(...) a crise fatal da empresa (sentido amplo) gera prejuízos não só para a entidade e investidores (em se tratando de uma companhia aberta) assim como para os credores e em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos, não se descuidando que a própria sociedade brasileira é penalizada. Nesse passo, todos sofrem com os problemas que envolvem a empresa em crise. Com efeito, poder-se-ia dizer um pouco mais sobre o tema. A crise fatal da empresa não é benéfica à sociedade como um todo a ao próprio estado, que permitiu o ingresso no mercado (princípio da livre iniciativa), mas não foi capaz de emprestar mecanismos jurídico-econômicos para socorrer a empresa ainda quando havia tempo para tal. Outro aspecto não menos relevante é justamente o que diz com a dispensa de funcionários de entidade que atravessa determinada crise.

Certamente, uma crise fatal, que leve ao fechamento da empresa, tem repercussões em várias searas. Os funcionários perderam os seus empregos, sua fonte de renda, de onde tiram seu sustento; o governo perde tributos; empregos indiretos também são ceifados, ou seja, o tecido social é atingido pela queda de rendimentos da família dos afetados. As crises podem, ainda, ser classificadas como financeiras, econômicas ou patrimoniais.

A primeira envolve problemas no fluxo de caixa, ou seja, problemas de liquidez que inviabilizam o pagamento pontual de seus débitos. Em muitos casos, a empresa tem ativos fixos, na forma de bens móveis e imóveis, mas não dispõe de caixa, de dinheiro em espécie, para cumprir suas obrigações. Já a segunda envolve retrações no mercado em que a empresa atua a patamares que inviabilizam a empresas, em decorrência dos mais diversos motivos, dentre eles, medidas econômicas tomadas pelo governo, fatores relacionados ao mercado internacional ou câmbio, atraso tecnológico etc. No caso da crise patrimonial, envolve-se um desequilíbrio entre o ativo e o passivo da empresa.

Um dos problemas enfrentados por empresas em dificuldades, mesmo utilizando-se dos preceitos referentes à recuperação, contidos na nova lei falimentar, é que estas empresas, no curso do processo de recuperação, não têm restabelecido seu crédito junto aos fornecedores, tampouco terão facilidades em obter outros créditos no mercado, para capital de giro, por exemplo. Para Almeida (2009: 321), “A recuperação de qualquer empresa está diretamente ligada aos financiamentos bancários e ao fornecimento de mercadorias, sem o que se tornará inviável a manutenção das atividades empresariais”. Ao abordar o tema, Claro (2009: 204) defende que:

(...) se até mesmo as empresas que se encontram desenvolvendo atividade econômica de forma organizada não raras vezes perdem de vista a sustentabilidade almejada, pois se podem deparar com uma crise financeira, por exemplo, certamente que a situação piora (e bem) para as empresas que enfrentam sérias e talvez irremediáveis crises. Por fim, a análise que se faz é bastante simples: sustentabilidade e crise empresarial (em sentido amplo) são paralelas que jamais encontrar-se-ão (sic).

O autor (2009: 205) manifesta, mais uma vez, seu ceticismo, no que tange à efetividade da recuperação de uma empresa em crise, no seguinte trecho:

(...) O fato é que uma empresa em crise, sob a recuperação judicial, não terá fôlego suficiente para se manter no mercado e exercendo sua atividade regularmente. Noutras palavras, com igual alcance, a empresa em crise precisará desenvolver suas atividades econômicas até e principalmente para cumprir seus compromissos primários, por assim dizer. Dentre eles estão o recolhimento de tributos, o pagamento da folha de salários devidos a trabalhadores (colaboradores da empresa); numerário suficiente para prover as despesas do dia-a-dia da atividade; pagamento de novos compromissos, assumidos pós-recuperação judicial, e também deverá ter lastro financeiro mínimo para contrair novos contratos comerciais.

Prosseguindo a análise:

Mas a par destes compromissos primários, torna-se evidente que a empresa em crise terá de cumprir todas as cláusulas assumidas no âmbito do processo de reorganização judicial, atendo-se a este, como exemplo. Crê-se que dificilmente o hermeneuta poderá falar em sustentabilidade de uma empresa que está em juízo, sob processo de reorganização judicial. Isso porque, caso este seja realmente conduzido nos trilhos da legalidade, cumprindo-se os prazos legais e principalmente observando-se os direitos de credores e devedores, fatalmente a empresa em crise enfrentará sérias dificuldades para ter fôlego e sair, por assim dizer, em condições mínimas do tal processo e voltar a exercer regularmente sua atividade (Idem).

Nesta situação, a empresa terá de ter “um olho no peixe e outro no gato”, ou seja, terá de cuidar de seu dia a dia e, ao mesmo tempo, cumprir o prometido no Judiciário. Inspirada na lei falimentar estadunidense, a Lei nº 11.101/05 abre a possibilidade da chamada “saída negociada”, ou seja, a solução de mercado, com um grande envolvimento dos credores para o soerguimento da empresa. Tal solução pode consistir na aquisição da empresa em crise por outra empresa, que tenha não só os meios financeiros, mas também o *know-how* para solevar a empresa em dificuldades. O art. 47³⁷ define o objetivo da recuperação judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Já o art. 48³⁸ elenca condições para se requerer a recuperação judicial:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

³⁷ **Lei de recuperação e falência (Lei nº 11.101/05)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

³⁸ Idem.

- I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
 - II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
 - III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
 - IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.
- Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

O artigo 51³⁹ lista os requisitos da petição inicial. A pergunta que se faz é: *cabe ao juiz apenas conferir se a lista de requisitos constantes neste artigo foi apresentada ou a ele cabe uma análise da viabilidade mínima de recuperação da empresa?* A resposta lógica, que busca atender aos objetivos da lei, é que cabe, sim, ao juiz fazer esta análise, inclusive utilizando-se dos préstimos de profissionais capacitados a realizar um completo exame da situação contábil, fiscal e financeira, sob pena de se criar no Brasil uma indústria da recuperação judicial, tão prejudicial ao mercado.

- Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
- I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
 - II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
 - a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
 - d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
 - III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
 - IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;
 - V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
 - VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
 - VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

³⁹ Idem.

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

Almeida (2009: 341) nos remete a dois momentos processuais que podem ser confundidos: a diferença entre a decisão que defere o processamento e a sentença concessiva. Vejamos:

A primeira objetiva verificar os pressupostos fundamentais à concessão da pretensão. A sentença concessiva, ao revés, implica a execução do plano de recuperação aprovado pelos credores.

No curso da análise acerca do processamento ou não da recuperação judicial, o juiz pode socorrer-se de vários princípios de direito comercial, dentre eles:

- I. **O princípio do aporte:** deste princípio decorre a necessidade de se averiguar se todo o capital subscrito foi integralizado. Além disso, deve-se verificar se o capital integralizado é suficiente e adequado para que a empresa realize seu objeto social. Não se verificando o exposto, não se deve conceder a recuperação judicial conforme disposto na Lei nº 11.101/05.

- II. **O princípio da licitude:** este princípio está intrinsecamente ligado à boa fé e à confiança. Dele se destaca a necessidade de, segundo Claro (2009: 218):

(...) analisar se a empresa está cumprindo de forma rigorosa o objeto social; se a empresa se está comportando de forma adequada perante o mercado no qual atua; se os

direitos dos empregados estão sendo cumpridos; se os tributos são recolhidos dentro dos prazos legais estabelecidos etc., de modo que tal princípio é de ser o norte do exegeta, a fim de analisar se a empresa, no decorrer de suas atividades, realmente portou-se de forma adequada por toda a sua existência.

O autor prossegue:

A empresa deve ter se comportado de forma correta, lícita, não só no que diz respeito aos seus incorporadores, mas sim em relação aos seus colaboradores, clientes, fornecedores, credores, e também ao próprio mercado no qual atua. Não se pode pensar em conferir instrumentos jurídicos, econômicos etc., a quem, durante toda sua existência, deixou de observar regras de procedimento próprias a quem pretende se inserir na comunidade, e também é certo que, assim agindo, fatalmente a recuperação estará fadada ao total insucesso (Idem).

III. **Os princípios da escassez e da necessidade:** devemos, primeiramente, estabelecer a distinção da pessoa dos sócios da pessoa jurídica, pois, em respeito ao Princípio Contábil da Entidade, os bens dos sócios não se misturam aos da pessoa jurídica e vice-versa. Cabe ressaltar que este é um dos principais problemas de gestão que levam ao descontrole financeiro e patrimonial, especialmente das pequenas empresas. Então, não se devem conceder mecanismos de saneamento a empresas que pecam na gestão desde sua concepção. Em decorrência disto, os interesses dos sócios ou incorporadores, especialmente no caso de eles terem cometido atos abusivos, não devem prevalecer sobre os interesses dos demais, tais como os empregados, os fornecedores, a sociedade por intermédio dos tributos etc. Sobre o assunto, Gevaerd⁴⁰ (*apud* CLARO, 2009: 219) aponta:

Necessidade e escassez são, portanto, princípios de persecução compulsória pelos incorporadores, controladores e administradores da instituição societária mercantil, independentemente da qualidade ou quantidade de recursos materiais que disponham para consecução do fim social. Nessa conformidade, recursos institucionais devem ser considerados, relativamente à sua natureza, como ‘escassos’ e finitos, ainda que, em expressão isolada, não o sejam.

⁴⁰ GEVAERD, J. **Direito societário:** teoria e prática da função. Curitiba: Gênese, 2001, p. 304.

IV. **O princípio da ética e da responsabilidade dos componentes da empresa:** cabe-nos recorrer a Platão (*apud* CLARO, 2009: 220), neste momento em que, ao abordar o assunto, asseverou que se comportar eticamente “é agir de acordo com o logos, ou melhor, com retidão de consciência”. Qualquer cidadão médio deveria ter a consciência de que agir com ética é agir de maneira a não causar prejuízo a outrem e, também, guiar-se por elevados princípios morais, especialmente, no trato da “coisa” pública. Sobre o assunto, afirma Lafer⁴¹ (*apud* CLARO, 2009: 220-221):

No curso de 1970, assim como em ‘Between Past and Future’, e no artigo ‘Thinking and Moral Considerations’, Hannah Arendt aponta que a consistência é a regra do pensar desde Sócrates, por força do princípio de não contradição, tendo Kant estendido o princípio da consistência à ética, através do imperativo categórico, na esteira da necessidade de concordância do eu com a própria consciência, na qual se baseia a ética ocidental.

Portanto, a ética na empresa pressupõe uma ética dos homens que a compõem. Isto desde a formação da empresa. De acordo com Claro (2009: 221):

Todos aqueles que se reúnem para a formação de uma empresa certamente que buscam o lucro (...) utilizando-se de algumas estratégias para que a entidade se mantenha no mercado e ao mesmo tempo possa cumprir sua função social. A busca do lucro não pode ocorrer sem a observância de alguns princípios morais e éticos, na medida em que esta busca o lucro (...) se mistura de maneira inseparável com a busca do bem comum.

⁴¹ LAFER, C. A. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 251.

6 ASPECTOS DA LEI Nº 11.101/05

No terceiro capítulo, fizemos um breve histórico da legislação falimentar no Brasil. Retomamos aquela discussão para afirmar que a Constituição Federal de 1988 anunciou um novo tempo. Em contradição com princípios constitucionais, vários diplomas legais teriam de ser reformulados, dentre eles, a legislação falimentar. Tal legislação não era mais hábil à resolução dos problemas das empresas em crise. Ademais, seguia um rumo diametralmente oposto às legislações mais modernas que buscavam o soerguimento da empresa em crise, como o *Bankruptcy Code*, em 1978, e o *Insolvency Act*, em 1986.

O legislador, apesar do atraso, foi feliz na medida em que propiciou os meios para que não se repetissem os erros do passado, quando várias empresas, com sólido patrimônio, faliram, em decorrência da transitória falta de recursos para ilidir um simples pedido de falência, visto que a legislação falimentar anterior não exigia um *quantum* mínimo para se interpor tal pedido. Certamente, quando se fala da função social, que teria alicerçado a edição da Lei nº 11.101/05, temos de sopesar a tutela da pessoa humana de um lado e a eficiência econômica de outro. A dignidade da pessoa humana é, para Perin Junior (2008):

(...) é um estado, uma condição de todo ser humano, que deve ser tutelada pelo ordenamento positivo e assegurada pela ação efetiva do estado. Nesse sentido é que entendemos o princípio da preservação da empresa no contexto da Lei 11.101/05, ou seja, como forma imperiosa de tutela da dignidade da pessoa humana. O aspecto social é, pois, fundamental para a compreensão da dimensão do ser humano.

Não há uma completa incompatibilidade entre os objetivos de respeito à dignidade humana e a busca pela eficiência empresarial. Sobre este aspecto, Perin Junior (2008) defende:

Nesse aspecto, entendemos que a eficiência econômica é mitigada com o princípio da preservação da empresa, uma vez que não se excluem, se complementam. Exatamente, porque não exortamos o discurso maniqueísta das virtudes da preservação da empresa sob o ponto de vista humano, em detrimento da implacável perseguição da eficiência econômica que poderia destituir a base da empregabilidade.(...) a empresa deve buscar, em uma análise criteriosa, sob o auspício do judiciário e de todos os atores envolvidos nesse processo reorganizatório, um equilíbrio entre a efetiva busca da eficiência econômica, com a redução de salários, transferência de ativos e do controle da empresa, fusões, cisões etc., e a manutenção da fonte produtiva, como forma de humanização das relações empresariais.

Percebe-se, claramente, o tamanho do desafio que será implantar no Brasil esta visão. cremos que, em um processo de recuperação, os últimos interesses que são levados em conta são os dos colaboradores, da sociedade que gravita em torno daquela empresa. De um lado, temos os “ortodoxos”, que consideram natural excluir do mercado uma empresa em dificuldade, incapaz de sobreviver no competitivo mercado dos dias de hoje. Chamamos esta abordagem de “darwinismo empresarial”. De outro lado, temos empresas credoras e os trabalhadores interessados na manutenção a qualquer custo da atividade da empresas em crise, que demandam o apoio de credores ou o subsídio da sociedade que a cerca para manter-se em atividade. Deve-se analisar caso a caso para encontrar o ponto de equilíbrio.

Perin Junior (2008) aborda alguns dispositivos constantes da nova lei falimentar, nos quais está representada a busca pela preservação da empresa e pela dignidade da pessoa humana, como no seguinte trecho:

1. O artigo 27, II, alínea “c” prevê uma atuação direta e objetiva co Comitê de Credores, que possui função fiscalizadora, primeiro a defesa dos seus interesses próprios e de seus pares, e segundo, numa perspectiva mais ampla e conseqüente, de preservação da unidade produtiva.

Isso ocorre, pois a lei determina que, na hipótese excepcional de nomeação de gestor judicial em decorrência do afastamento do devedor, autorizado pelo juiz, o comitê poderá promover a alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e outras garantias e a assunção de dívidas necessárias à continuação da atividade econômica, como medidas de urgência para o período que antecede a aprovação do plano recuperatório.

2. Depois, encontramos como principal mecanismo legal de preservação da empresa o art. 47 da LFRE que demonstra o espírito paradigmático da conservação da unidade produtiva, quando supera a idéia *paternalista* da concordata, que previa a hipótese de um “favor legal” (pelo estado) ao comerciante que, preenchidos determinados requisitos legais, obrigava, nas palavras do art. 147 do Dec.-Lei 7.661/45, todos os credores

quirografários à sujeição das condições estabelecidas pelo concordatário e aprovadas pelo juízo competente.

Essa profunda alteração conceitual se percebe quando analisamos a redação do artigo em comento que dispõe que, o objetivo precípua da recuperação judicial é “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, promovendo, assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Nota-se que o estado deixa de conceder um *favor legal* e passa a auxiliar o devedor propondo a viabilização da superação da crise, como forma de exercício do legítimo interesse social. Algo que nos parece, completamente distinto, pois deixa ao arbítrio dos credores em compasso com o devedor, ou seja, a quem possui legítimo interesse, a discussão quanto ao mérito da dívida global e a possibilidade de seu equacionamento.

3. O artigo 49, por sua vez, ampliou a gama de credores sujeitos à recuperação judicial, o que pode viabilizar a superação da crise econômico-financeira, uma vez que o devedor pode controlar melhor a negociação e o pagamento dos credores sujeitos aos efeitos do plano recuperatório. Algo que na legislação passada não era possível diante da concordata, pois, como já dissemos, lá apenas os credores quirografários se sujeitavam aos seus efeitos, o que engessava a recuperação da empresa.

4. O artigo 50 é outro exemplo importante de estímulo à preservação da empresa, pois apresenta um amplo rol exemplificativo (não exaustivo) de hipóteses de reorganização societária, sem limitá-lo a outras soluções possíveis. O que nos parece acertado. Nesse sentido, houve um grande avanço em relação à legislação passada, pois o modelo na concordata era tão rígido, que na prática inviabilizava a condução da recuperação da empresa levando a uma maioria esmagadora à falência.

A título de complemento à análise do citado art. 50⁴², observemos:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

⁴² Idem.

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Sobre o tema, Claro (2009: 151-152) discorre da seguinte maneira:

(...) diante dos princípios fundamentais constantes da Carta Política brasileira, tais como o da dignidade da pessoa humana e o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, somando-se ainda os dos direitos e garantias fundamentais (os direitos sociais relacionados ao trabalho, por exemplo) e os princípios gerais da atividade econômica no Brasil (e aqui juntam-se a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca do pleno emprego), evidentemente que se fazia imperiosa uma nova lei que regesse a falência e a recuperação da empresa e do empresário em crise, considerando até mesmo a modernidade da globalização econômica, com abertura de fronteiras. Ainda nesta firme esteira, não havia mais condições de o país continuar com uma lei que mais privilegiava a falência do devedor, deixando de lado a tentativa de soerguimento desse mesmo devedor mergulhado em crise. Com efeito, se coloca em relevo os princípios da preservação da empresa; da manutenção de empregos e a própria função social da empresa, aqui sem polemizar a respeito da sua existência no âmbito da companhia. Por outro lado, percebe-se a superação liquidatória, para que se tente recuperar a empresa.

Portanto, saímos de uma legislação falimentar que buscava a rápida e imediata liquidação dos bens do devedor, com vistas ao pagamento dos credores, para um novo momento, no qual se busca, *a priori*, a recuperação da empresa que enfrenta uma crise momentânea. Somente no caso da inviabilidade da continuação da atividade empresarial, devem-se utilizar os instrumentos contidos na nova lei para extirpar do mercado esta empresa, como forma de sanear-lo, ou seja,

abandona-se o foco de satisfação dos credores para se buscar a proteção jurídica do mercado. Nas palavras de Zanoti (2007):

(...) pode-se afirmar que a empresa é um bem social, antes mesmo de ser um bem que pertence ao empresário. Em linguagem inversa, o empresário tem cotas ou ações de uma empresa que pertence à sociedade.

Sobre o tema, Roque (*apud* LEMOS JUNIOR, 2009: 195) ressalta que só a inclusão do tema recuperação antes da falência já demonstra a busca do legislador pela observância da função social da empresa e de sua preservação. Segundo o autor:

O objetivo do novo direito está expresso na lei, é o de sanear a situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, salvaguardando a manutenção da fonte produtora do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa. Mais precisamente, visa a lei a defender os interesses coletivos, pela preservação da empresa, denominada por ela também de “unidade produtiva” e “agente econômico”. Carece glosa a consideração da empresa como poderoso agente da economia e da satisfação do mercado consumidor.

A Lei nº 11.101/05 propicia a recuperação da empresa pela via judicial e pela via extrajudicial. O primeiro caso, obviamente, é processado perante o Judiciário, obedecendo a um rito próprio, com prioridade sobre outras matérias. Já o segundo pressupõe uma negociação prévia entre credores e devedor, que deve ser levada à homologação pelo juiz. Lembremos que o diploma legal anterior sobrecarregava a responsabilidade da empresa em crise, no que se referia à busca de alternativas econômicas para solucionar seus problemas de caixa. Já a nova lei busca, conforme visto, o envolvimento de todos, credores e Judiciário, na reestruturação da empresa. A propósito deste assunto, Claro (2009: 153) aborda um paradoxo da nova lei:

Paradoxalmente a lei de recuperação de empresas brasileira, tendo como norte, como foco viabilizar a superação da crise momentânea vivenciada pela empresa, permitindo seu reerguimento (em tese, apenas), obsta a possibilidade de pedido de concordata suspensiva, o que de fato não se encontra razão jurídica a tal impedimento. Pelo que se infere da atenta leitura do texto normativo, percebe-se que é vedada a concessão de tal

benefício nos processos falimentares em curso, ou seja, aqueles regidos pelo Decreto-Lei 7.661/45, podendo ser promovida a imediata alienação de bens da massa falida, assim que concluída a arrecadação, independentemente da formação de quadro geral de credores e conclusão do inquérito judicial. Há uma desarmonia entre o espírito da Lei (tentar recuperar a empresa) e a norma que expressamente veda a possibilidade de ser requerida a suspensiva. Mas dúvida não pode restar na mente do exegeta sistemático de que esta modalidade de concordata é uma forma de salvar a empresa em crise, e mesmo que a crise se apresente como fatal.

Prosseguindo em suas críticas, o autor (2009: 186) afirma:

De fato, conforme sustentado no decorrer da exposição, a lei é dirigida às grandes e médias corporações que estão em crise, que possuem um quadro de advogados, contadores, administradores etc., que certamente darão toda a sustentação do pleito de recuperação em juízo; o custo (aqui o vocábulo está expresso em sentido bastante amplo, englobando despesas do processo, remuneração de pessoas capacitadas para elaborar um bom e sincero plano de reorganização judicial, honorários de advogado, dentre outras despesas) de um processo de recuperação sem dúvida alguma não é para qualquer empresário ou empresa em crise.

Como objetivo maior da nova lei falimentar, o soerguimento da empresa em dificuldade deve basear-se em um plano de reorganização a ser elaborado de forma criteriosa, por uma equipe competente na análise da contabilidade da empresa e, em especial, na análise do montante e da qualidade dos débitos, de forma a encontrar uma saída possível da crise enfrentada pela empresa. Tal plano será objeto de análise por parte dos credores, que poderão, até, propor um plano alternativo na tentativa de recuperação.

A importância de um plano realista e bem elaborado é ainda mais relevante se levarmos em conta o tamanho do desafio que é soerguer uma empresa em dificuldades no concorrido mercado dos dias atuais. Se as empresas “sadias” enfrentam enormes dificuldades, o que dizer de empresas já em dificuldades? Portanto, ainda que o plano tenha sido realizado por profissionais qualificados, com a melhor técnica, ele não é garantia de sucesso na busca da recuperação da empresa.

Cabe ao Estado zelar por um ambiente de negócios sadio, por intermédio de agências reguladoras, por exemplo, ou pela implementação de instrumentos legais que busquem propiciar a retirada do mercado daquelas empresas em irremediável dificuldade, que não reúnam condições

para enfrentar a competição. Isto se faz necessário, pois, do contrário, estar-se-ia afrontando o princípio da proteção do crédito público e da preservação de todas as empresas que atuam neste determinado mercado. A falência pode ser a solução, na medida em que evitar que a crise de determinada empresa pode afetar as demais concorrentes, o chamado “efeito dominó”. Crítico da Lei nº 11.101/05, Claro (2009: 227-228) defende que

(...) a recuperação judicial é uma verdadeira arena — não a romana onde as feras eram soltas e a platéia presenciava o verdadeiro massacre humano — onde o credor e o devedor jogam suas cartas a fim de saírem vitoriosos do processo; onde o devedor procura se valer, quanto possível, de seu poder de barganha para se sair fortalecido do processo de reorganização, e continuar operando regularmente, mesmo sem quitar na totalidade suas dívidas, até mesmo causando prejuízo a seus credores. (...) Só que neste e em outros casos, ao contrário da arena romana, quem assiste tudo é justamente o trabalhador, aquele que tem direitos dispostos em degraus bem superiores e distantes em relação às grandes corporações e instituições financeiras, e percebe, ao fim que o princípio dos princípios — o da dignidade da pessoa humana —, passa bem ao largo do processo de reorganização efetivamente regido pela lei nº 11.101/05.

O autor arremata dizendo:

Com efeito, a partir do momento em que se coloca o interesse particular acima até mesmo da Lei Maior, a Constituição Federal, especialmente quando da elaboração da Lei, é mais do que correto afirmar que o diploma legal que regula a falência e a recuperação no Brasil é totalmente ineficaz, direcionado a recuperar grandes corporações e ao mesmo tempo proteger o crédito da instituição financeira, estando, pois, totalmente dissonante da realidade empresarial, realidade essa que sem dúvida é mais palpitante. Significa isso dizer que os micro e pequenos empresários merecem um outro tratamento, no mínimo igual ao das médias e grandes corporações, em termos da Lei 11.101/05. (Idem)

Ainda sobre a repercussão da nova lei no âmbito das micro e pequenas empresas, lembramos que uma das expectativas criadas acerca disso era que houvesse uma diminuição das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras em decorrência da maior prioridade concedida aos créditos com garantia real. A nova legislação falimentar os colocou abaixo apenas dos créditos trabalhistas e acima dos créditos tributários, o que ensejaria uma maior garantia de

recebimento por parte das instituições financeiras. Ledo engano. Além disso, as micro e pequenas empresas, nas palavras de Lemos Junior (2009: 194):

(...) apenas poderão negociar e englobar, no plano especial, passivos oriundos de dívidas quirografárias, aquelas que não ocupam nenhum lugar na ordem de preferência, já que a nova lei traz, como prioritários, os débitos trabalhistas (até 150 salários mínimos por credor), os bancários com garantias de bens e dívidas tributárias, respectivamente. (...) Diante da norma em apreço pode-se, portanto, deduzir que, embora a entidade se enquadre no regime de micro e pequena empresa, se sua crise econômico-financeira provier de dívidas fiscais, débitos bancários ou dívidas trabalhistas não poderá beneficiar-se do plano especial de recuperação.

Um dos instrumentos de maior repercussão da Lei nº 11.101/05 foi, sem dúvida, o contido no art. 141, II. Ele aborda a alienação de bens da empresa e busca eliminar os riscos de sucessão tributária, previdenciária e trabalhista para quem adquirir a empresa em dificuldade, ou parte dela. Em decorrência disso, abre-se a possibilidade da venda dos ativos saldáveis, deixando-se os “podres” para a massa falida.

Sem embargo, a nova legislação falimentar, na medida em que propicia alguns meios de recuperação para a empresa em dificuldades, representa um grande avanço sobre a legislação anterior. Ela busca preservar as empresas viáveis e oferece instrumentos para a liquidação das inviáveis, que não encontraram solução no mercado. Representa, portanto, a materialização dos princípios constitucionais da preservação da empresa, na qual está contida a valorização do trabalho e o princípio da livre iniciativa.

CONCLUSÃO

Ao longo deste breve trabalho, abordamos as raízes históricas da empresa, da legislação falimentar. Discutimos, também, a função social da empresa, seu embasamento constitucional e a repercussão desta visão na nova lei falimentar. Verificamos que o fechamento de um empreendimento traz consequências para todos que estão à sua volta, tais como os trabalhadores, fornecedores, Estados, sociedade etc., ou seja, bem além da visão privatista anterior, que só vislumbrava como prejudicados dos interesses dos acionistas.

A discussão acerca da função social da empresa adquiriu mais força com o advento de nossa Carta Magna de 1988, que traz como princípios a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. Do reconhecimento da função social da empresa adveio a necessidade de uma nova lei falimentar que o contemplasse (art. 47). Portanto, a busca pela recuperação da empresa em crise temporária, nos limites de sua viabilidade, é o objetivo maior da Lei nº 11.101/05. Nossa nova lei concursal busca a manutenção de empresas viáveis e, como consequência, a manutenção dos empregos e o adimplemento dos débitos.

Juntamente com a função social da empresa, abordamos o conceito de sustentabilidade. Este conceito também foi considerado na confecção da nova lei, na medida em que busca a preservação das empresas viáveis e, ao mesmo tempo, propicia meios para facilitar a insolvência das inviáveis. Portanto, se a função social da empresa demanda uma proteção dos interesses dos trabalhadores, dos fornecedores, dos acionistas, dos clientes, do meio ambiente, ela também implica preservar a atividade econômica, a circulação de riquezas, a arrecadação de tributos etc. À empresa cabe uma importante função social como meio de efetivação dos princípios da dignidade humana e da justiça social.

O legislador ordinário buscou contemplar esta nova visão de empresa na Lei nº 11.101/05. Há várias críticas com relação à efetividade dos mandamentos da lei na recuperação das empresas em crise, especialmente no que se refere às micro e pequenas empresas. Além disso, não se verificou um dos objetivos maiores desta lei, que seria o impacto positivo nas taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, em decorrência de seus créditos terem assumido uma melhor posição em uma eventual falência.

Apesar dos questionamentos apresentados, a Lei nº 11.101/05 configura-se como um avanço em relação à legislação falimentar anterior. Contudo, ainda é cedo para auferirmos o seu grau de efetividade. Aguardemos o passar dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa.** São Paulo: LTr, 2009.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & função social.** Curitiba: Juruá, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro.** São Paulo: SRS Editora, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SITES

Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

BREVIDELLI, Scheilla Regina. **A função social da empresa: olhares, sonhos e possibilidades.** Julho de 2000. Disponível em: <[http://direitoemdebate.net /index.php/cronicas-ensaios-e-opinioes/337-a-funcao-social-da-empresa-olhares-sonhos-e-possibilidades](http://direitoemdebate.net/index.php/cronicas-ensaios-e-opinioes/337-a-funcao-social-da-empresa-olhares-sonhos-e-possibilidades)>. Acesso em 16 de março de 2011.

CAPEL FILHO, Hélio. **A função social da empresa: adequação às exigências do mercado ou filantropia?** Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-funcao-social/a-funcao-social.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Função social e função ética da empresa. Revista Jurídica da UniFil,** ano II, nº 2. Disponível em: [http://web.unifil.br/docs /juridica/02 /Revista%20Juridica_02-4.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf). Acesso em: 4 de maio de 2011.

GOMES, Larissa Silva. Função social e recuperação de empresas. Uma abordagem sobre o prisma da ordem econômica constitucional e da análise econômica do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2541, 16 de jun. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15040>. Acesso em: 15 de setembro de 2010.

Lei de recuperação e falência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm. Acesso em 14 de outubro de 2010.

PERIN JUNIOR, Ecio. A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei nº 11.101/05). Uma abordagem zetética. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 13, nº 1682, 8 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10922>>. Acesso em: 15 de setembro de 2010.

TELES, Giovanna Filomena Silveira. **A função social da empresa.** Disponível em http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_giovanna.pdf. Acesso em: 4 de maio de 2011.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei da falência e de recuperação de empresas. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, nº 1413, 15 de maio de 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9874>. Acesso em: 15 de setembro de 2010.