



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO**

ROSELI RÊGO SANTOS

**O ATUAL REGIME BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA
COMO EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Salvador
2009

ROSELI RÊGO SANTOS

**O ATUAL REGIME BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA
COMO EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade.

Salvador
2009

Sistema de Bibliotecas - UFBA

S237 Santos, Roseli Rêgo.
O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa/ Roseli Rêgo Santos. - 2009.
210 f.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade.
Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2009.

* Falência. 2. Empresas - Falência. 3. Direito empresarial.
4. Direito comercial. 5. Direito privado I. Trindade, Washington Luiz da.
II. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. III. Título.

CDU – 347.736
CDD – 346.078

TERMO DE APROVAÇÃO

ROSELI RÊGO SANTOS

O ATUAL REGIME BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA COMO EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Professor Livre Docente de Direito Privado Econômico do Programa de

Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

1º Examinador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Professor da Universidade Federal da Bahia

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

2º Examinadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professora da Universidade Federal do Paraná

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Salvador

2009

**Aos meus pais,
por serem essenciais
na minha preparação para a vida.**

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus mais sinceros agradecimentos a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para realização deste trabalho e torcem pelo meu sucesso, especialmente:

Ao querido mestre Washington Luiz da Trindade, a quem eu posso afirmar que tive a honra de ser orientanda, pelas lições, dedicação e preciosas orientações para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho pelo incentivo constante desde o ingresso no curso de mestrado e pelas valiosas sugestões lançadas no exame de qualificação.

À Professora Marcia Carla Pereira Ribeiro por ter aceitado o convite de participar da minha banca examinadora.

Ao meu querido Adilson Cunha que esteve sempre presente desde o início do curso até os últimos instantes da elaboração desse texto, proporcionando boas energias e incentivo que foram essenciais para o desenvolvimento do meu estudo.

Às amigas Socorro, Wanja e Flora pelo grande apoio e ajuda fundamental na fase definitiva do trabalho.

Ao amigo João Glicério, pelo apoio e pela gentileza de disponibilizar valiosas referências utilizadas no desenvolvimento do trabalho.

Ao amigo e professor Orlando Kalil Filho por ser o grande responsável por minha paixão pelo Direito Empresarial e aos amigos Marcus Kalil e Jamile Sande, com os quais tive a honra de trabalhar e que sempre apoiaram esse trabalho.

Aos meus amigos e colegas do mestrado da UFBA, pelo companheirismo e alegria e aos mestres do Programa Pós- Graduação em Direito.

Aos meus queridos alunos pelo incentivo.

**Uma pessoa com uma crença
é um poder social igual a noventa e nove
que possuem apenas interesses**

John Stuart Mill, 1861

RESUMO

O presente trabalho analisou a forma pela qual a função social da empresa alterou e remodelou o regime brasileiro de recuperação e falência, com a introdução da Lei n. 11.101/2005. Inicialmente, foi feita uma descrição sumária da transformação histórica da empresa como um fenômeno socioeconômico, abordando-se, em seguida, a sua evolução jurídica desde a fase corporativa até a atual fase da teoria da empresa. Dessa última fase, extraiu-se o conceito normativo de empresa e os seus elementos. Num segundo momento, foi realizado um estudo sobre a função social, iniciado com uma abordagem acerca dos elementos que ilustraram a instituição de um novo paradigma no Direito Privado contemporâneo: a constitucionalização do Direito Privado, a funcionalização e a socialização do direito. Em seguida, a função social foi analisada sob o prisma do Direito Constitucional e Privado, com um enfoque especial sobre a função social da empresa, a qual é responsável pela empregabilidade, pelo recolhimento de impostos e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento socioeconômico. Após tais considerações, foi traçada a evolução histórica do direito falimentar, em que se percebe uma mudança significativa de um regime fundado em uma ótica meramente liquidatória para outro, cujo princípio essencial é a preservação das unidades produtivas com o menor sacrifício dos agentes envolvidos com a empresa em dificuldades. Na última parte do trabalho, verifica-se como contribuição científica algumas demonstrações e efeitos da aplicação da função social da empresa na Lei n. 11.101/2005: a recuperação de empresas, a ausência de sucessão obrigacional na realização do ativo, a participação de credores na gestão da empresa, a manutenção do desenvolvimento econômico e social e busca do pleno emprego. Por fim, foi abordado o papel do Poder Judiciário na efetivação da Lei de Falência e Recuperação de Empresas em função de sua convergência com a economia, administração e contabilidade, bem como a importância da atividade jurisdicional na concretização da função social da empresa.

Palavras-chave: Direito empresarial. Função social da empresa. Empresário. Falência. Recuperação de empresas.

ABSTRACT

The objective of this study is the analysis of corporate social role and how it modified and rebuilt the Brazilian regimen of recover and bankruptcy by introducing Brazilian Federal Law 11.101 from 2005. The first step in this analysis was a summary narrative of company historical transformations – as a socioeconomics phenomenon – followed by its legal evolution from the corporative stage to the current stage of the theory of the company. This ultimate phase was the source of the normative concept of company and its elements. Subsequently, an examination of the social purpose was initialized by the comprehension of the components that established a new paradigm in contemporaneous private law: the constitutionalization of private law, the functionalization and socialization of law. In this context, the social role was acknowledged in constitutional and private law, centering in corporate social role, which responds for the corporate capacity to employ, to pay taxes and to product goods and services in order to provide human necessities and promote socioeconomic development. After the primary arguments, the historical evolution of bankruptcy law was traced, leading to the recognition of a meaningful changing from a regimen essentially based in liquidity to a regimen founded in the protection of productive units with a minor sacrifice from the people who are involved in a company with effective insolvency. In the last part of this work, as a science contribution, the author analyses some effects of the application of corporate social role in Brazilian Federal Law 11.101 from 2005: the corporate recovery, the absence of succession in the realization of the assets, the participation of creditors in business administration, the permanence of social and economic development and the searching for full employment. In conclusion, the role of the Brazilian Judicial Branch in the concretization of the Bankruptcy and Recovery Law was emphasized, given its convergence with economics, business and accounting, as well as the importance of the jurisdictional activity in the implementation of corporate social role.

Keywords: Corporate Law. Corporate social role. Entrepreneur. Bankruptcy. Company recovery.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	EMPRESA COMO UM FENÔMENO SOCIAL, ECONÔMICO E JURÍDICO	17
2.1	TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DA EMPRESA COMO UM FENÔMENO SOCIOECONÔMICO	18
2.2	TEORIA DA EMPRESA: TRANSFORMAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA	27
2.2.1	Síntese Histórica	27
2.2.1.1	<i>Antiguidade</i>	28
2.2.1.2	<i>Fase Subjetiva</i>	28
2.2.1.3	<i>Fase Objetiva</i>	30
2.2.1.4	<i>Fase Subjetiva Moderna</i>	31
2.2.2	Empresa no Ordenamento Jurídico Brasileiro	32
2.2.3	Teoria da Empresa no Brasil	35
2.2.4	Conceito de Empresa	37
2.2.4.1	<i>Atividade econômica para produção de bens e serviços</i>	40
2.2.4.2	<i>Organização</i>	41
2.2.4.3	<i>Profissionalismo</i>	44
3	FUNÇÃO SOCIAL	46
3.1	ADVENTO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO-CULTURAL NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO	46
3.1.1	Constitucionalização do Direito Privado	47
3.1.2	Socialização e Funcionalização do Direito Privado: Migração de institutos	51
3.2	SISTEMAS JURÍDICOS E CLÁUSULAS GERAIS	58
3.2.1	Sistemas de Direito: do sistema fechado ao sistema aberto	59
3.2.2	Cláusulas gerais	64

3.3	FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL E PRIVADO	67
3.3.1	Conceito e natureza jurídica	68
3.3.2	Função social nas Cartas Constitucionais	70
3.3.3	Função social no Direito Privado	75
3.3.3.1	<i>Função Social da Propriedade</i>	75
3.3.3.2	<i>Função Social do Contrato</i>	78
3.4	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	85
3.4.1	Fundamento Constitucional da Função Social da Empresa	88
3.4.2	Função social da Propriedade e do Contrato como projeções do Fenômeno Empresarial	90
3.4.2.1	<i>Função Social da Propriedade como suporte jurídico da Função Social da Empresa</i>	91
3.4.2.2	<i>Função Social do Contrato como expressão jurídica da Função Social da Empresa</i>	93
4	REGIME FALIMENTAR	98
4.1	EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL	102
4.2	REGIME FALIMENTAR BRASILEIRO	107
4.3	SIGNIFICADO DO DIREITO FALIMENTAR	115
4.4	PRINCÍPIOS APLICADOS AO REGIME FALIMENTAR	121
4.4.1	Princípio da Preservação do crédito	122
4.4.2	Princípio do <i>Par Conditio Creditorum</i>	124
4.4.3	Princípio da Preservação da empresa	126
4.4.4	Princípio da Viabilidade da empresa	128
5	EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO REGIME BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS	132
5.1	DEMONSTRAÇÕES E EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NA LEI N. 11.101/2005	132

5.1.1	Recuperação de empresas	132
5.1.1.1	<i>Natureza Jurídica da Recuperação</i>	134
5.1.1.2	<i>Espécies de Recuperação</i>	136
5.1.1.3	<i>O Custo da Recuperação de Empresas</i>	138
5.1.1.4	<i>Recuperação e Função Social da Empresa</i>	140
5.1.2	Manutenção dos contratos na falência e na recuperação	143
5.1.3	Realização do ativo	148
5.1.4	Sucessão das obrigações	152
5.1.5	Participação dos credores e empregados na gestão da empresa: a co-gestão no regime falimentar e de recuperação	162
5.1.6	Limitação da responsabilidade dos sócios e hipótese de desconsideração da personalidade jurídica	165
5.1.7	Insolvência da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte	171
5.1.8	Manutenção do desenvolvimento econômico e social	174
5.1.9	Celeridade processual	179
5.1.10	Satisfação das necessidades dos consumidores	180
5.1.11	Incentivo à busca do Pleno Emprego	182
5.2	ATIVIDADE JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO REGIME DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO	185
5.2.1	O papel do Poder Judiciário na Lei de Falências e Recuperação de Empresas	185
5.2.2	A importância da atividade jurisdicional na concretização da Função Social da Empresa	187
6	CONCLUSÕES	191
	REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

A atuação da empresa na economia é de importância inquestionável. A sua capacidade de reunir habilidades específicas para ofertar produtos que o indivíduo isolado não seria capaz de produzir, revela seu êxito como um fenômeno que atinge os mais variados aspectos humanos e influencia o desenvolvimento social.

Quando um empresário é atingido por uma situação de insolvência, e não consegue resolvê-la com as soluções apresentadas pelo sistema de mercado, surge a necessidade da interferência estatal para tutelar os diversos interesses que estiverem envolvidos com a atividade empresária.

Vigorava, antes de 2005, o Decreto-lei n. 7.661/1945, que se encontrava totalmente defasado em face de toda evolução da atividade econômica ocorrida nas últimas décadas do Século XX.

Essa legislação previa a concordata, um instituto totalmente desmoralizado em razão de sua prática nos tribunais, o qual se transformou em um mecanismo de fraude contra os credores e de enriquecimento indevido do titular da empresa. Quando não se verificava ilícito, a concordada não era capaz de recuperar o empresário devedor e acabava gerando a sua falência.

A falência, que era centrada em um caráter processualístico e liquidatório, por vezes era utilizada como um instrumento de cobrança forçada, ou tramitava anos a fio sem proporcionar o menor benefício aos seus credores, além de favorecer a prática de diversos ilícitos em prejuízo de vários interesses.

Diante da inadequação do regime vigente à época, o mercado clamava por um sistema de insolvência empresarial que não tivesse o caráter punitivo e não fosse focado na liquidação do ativo do falido, para a satisfação ou não, dos interesses dos credores. Era necessário um sistema que objetivasse a manutenção das unidades produtivas com o menor sacrifício dos agentes envolvidos.

Assim, as transformações decorrentes da constitucionalização, socialização e funcionalização atingiram o Direito Privado e geraram reflexos no

Direito de Empresa. Com isso, o regime de insolvência empresarial foi modificado para se adaptar às mudanças socioeconômicas ocorridas.

Depois de uma longa discussão no Congresso Nacional, foi promulgada a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, conhecida como “Lei de Recuperação de Empresas e de Falências”, a qual criou dois mecanismos de recuperação (extrajudicial e judicial) e aprimorou o instituto da falência.

O novo diploma alterou os princípios do regime falimentar brasileiro, privilegiando a manutenção da atividade empresária, dos postos de trabalho, da fonte arrecadadora de tributos e representou uma grande mudança na cultura jurídica, com incidência direta nas relações entre o empresário devedor e os agentes envolvidos com a sua atividade.

Embora a Lei n. 11.101/2005 tenha assimilado e consagrado dois conceitos que vêm se desenvolvendo na cultura jurídica – a função social e a preservação da empresa – o seu texto não representa uma “revolução retumbante”, no dizer de Osmar Brina Corrêa-Lima¹, mas significa um grande passo na constante caminhada para o aprimoramento do Direito.

A aplicação da função social da empresa reflete uma mudança de diretrizes a fim de cumprir os ditames constitucionais da justiça social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

O problema que motivou a presente pesquisa consiste em analisar de que forma a função social da empresa alterou e remodelou o regime de insolvência empresarial da Lei n. 11.101/2005, de forma a interferir na atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços. A exploração do presente tema torna-se necessária para que se reconheçam as potencialidades da função social da empresa.

Através da utilização de temas e conceitos da Ciência Econômica, bem como de ramos do direito como o Direito Societário, Falimentar, Constitucional, Civil, Trabalhista e Tributário procurou-se desenvolver o objetivo geral dessa dissertação, que é demonstrar a Função Social da Empresa no atual regime de

¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Questões polêmicas da Nova Lei de Falências. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 9-24, jan./jun. 2005, p. 11.

recuperação e falências (Lei n. 11.101/2005) e a sua interferência na atividade econômica.

Os objetivos específicos da pesquisa foram os seguintes:

- a) examinar as transformações históricas, econômicas, sociais e jurídicas que estão associadas com o desenvolvimento de uma teoria da função social da empresa;
- b) analisar o advento de um novo paradigma jurídico-cultural no Direito Privado;
- c) definir e analisar as formas de interferência na atividade econômica organizada partindo das novas diretrizes trazidas pelo fenômeno no Direito Privado;
- d) identificar os contornos do regime falimentar atual, especificamente o perfil constitucional e o aspecto funcionalizado;
- e) verificar a limitação dos princípios clássicos do Direito Privado pela atual função da empresa no regime falimentar;
- f) verificar a forma de interferência do Judiciário nas decisões judiciais para a concretização da função social da empresa.

Este trabalho visa contribuir, portanto, com o Direito pátrio em um campo do conhecimento jurídico ainda pouco explorado. Visa, ainda, identificar algumas conseqüências para o desenvolvimento da atividade empresarial, a partir do momento em que uma empresa se encontra em crise.

Neste trabalho foi adotado o procedimento monográfico e, para alcançar os objetivos, foi utilizada a análise de textos e de obras correlatas, assim como, a técnica da pesquisa bibliográfica (consulta a doutrina, nacional e estrangeira, literatura especializada, todas encontradas em acervos públicos e privados, físicos e eletrônicos). Foram analisadas decisões judiciais para comprovar a tese defendida, e também legislações nacionais e estrangeiras, vigentes e revogadas.

Esta dissertação apresenta uma estrutura dividida em seis capítulos, quais sejam, introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

O segundo capítulo apresentou um exame das transformações históricas que envolveram a atividade empresária como um fenômeno que se insere e interfere nos aspectos sociais, econômicos e jurídicos. Em seguida, foi abordada a transformação jurídica da empresa a partir de uma síntese histórica do Direito Comercial e sua evolução para o Direito Empresarial, partindo da antiguidade até o desenvolvimento da teoria da empresa, finalizando com a análise dos elementos do conceito de empresa.

Posteriormente, o terceiro capítulo teve por escopo o estudo da função social. Para desenvolver esse objetivo, preliminarmente foi realizada uma análise dos elementos que ilustraram a constituição de um novo paradigma no Direito Privado contemporâneo: a constitucionalização do direito privado e a socialização e funcionalização do Direito Privado. Na seqüência, foi analisado o conceito de sistema adequado à denominada “reconstrução do Direito Privado” perpassando pelo estudo das cláusulas gerais como uma técnica legislativa adequada às transformações jurídicas anunciadas.

O terceiro capítulo ainda foi destinado ao estudo da função social, iniciado por sua conceituação, natureza jurídica e seu tratamento nas Constituições brasileiras. Seguidamente, partiu-se para um breve estudo da função social da propriedade e do contrato para então finalizar o capítulo com a análise da função social da empresa.

O quarto capítulo foi destinado ao estudo do regime falimentar. Porém, não constituiu objetivo desse capítulo proceder a uma análise detalhada do regime falimentar atual. Inicialmente foi traçada a evolução do tratamento jurídico da insolvência empresarial inicialmente no direito estrangeiro e depois no Brasil. Em seguida foi tratado o significado do direito falimentar, ponto em se que percebe um diálogo com a ciência econômica e com o direito constitucional. Finalmente o capítulo foi procedido um estudo dos princípios fundamentais aplicados ao regime falimentar.

O quinto capítulo apresentou uma análise de diversos dispositivos da Lei 11.101/2005 à luz da função social da empresa, sem, contudo, a pretensão de esgotar esse estudo. Sendo assim, foi realizado um exame de alguns aspectos da lei que refletem a aplicação desse princípio: a recuperação de empresas; os efeitos

da manutenção dos contratos realizados com o empresário na falência e na recuperação; a realização do ativo; a sucessão das obrigações, especialmente as de ordem trabalhista e tributária; a possibilidade de participação dos credores na gestão da empresa; da limitação da responsabilidade dos sócios e a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica; o tratamento conferido às micro e pequenas empresas; a manutenção do desenvolvimento econômico e social; a satisfação das necessidades dos consumidores e; o incentivo à busca do pleno emprego.

Ao final do capítulo quinto, a pesquisa debruçou-se sobre o papel do Poder Judiciário na Lei de Recuperação de Empresas e Falência e a importância da atividade jurisdicional na concretização da função social da empresa.

2 EMPRESA COMO UM FENÔMENO SOCIAL, ECONÔMICO E JURÍDICO

O grande êxito da empresa como um fenômeno que atinge os mais variados aspectos humanos se deve à possibilidade de reunir capacidades e habilidades específicas, que o indivíduo isolado de maneira alguma conseguiria realizar. “É uma personalidade artificial, na qual entram muitas personalidades reais e cujo êxito é muito maior do que a soma de contribuições isoladas poderia ser”.²

O exame do regime de insolvência empresarial conduz à análise da empresa como um fenômeno que se insere e interfere nos aspectos sociais, econômicos e jurídicos, a partir dos quais são construídos os pilares para a formulação de uma teoria da função social da empresa.

Dentre as diversas contribuições teóricas no campo da Filosofia do Direito, verifica-se, em especial, que o materialismo histórico, cujos fundamentos foram traçados por Karl Marx³, retrata a interdependência entre o Direito e a Economia. Orlando Gomes⁴, ao tratar do materialismo histórico, mostra a relação do Direito com a Economia, explicando que o Direito carece de substantividade própria, por ser uma expressão das relações econômicas. O Direito, dessa forma, é produto de uma época histórica e tem, sobretudo, determinantes econômicos⁵. É “uma forma ideológica condicionada pela estrutura econômica da sociedade, que lhe indica a direção, lhe fornece o conteúdo e lhe fixa o gabarito até onde pode elevar-se”⁶.

Essa teoria revela ser importante saber se o instrumental jurídico está atrasado a ponto de importar em um entrave ao desenvolvimento econômico e social⁷. A resposta a esta questão é relevante, especialmente quando não é

² GALBRAITH, John Kenneth. **Desenvolvimento Econômico em Perspectiva**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962, p. 59.

³ Cf. prefácio da obra *O Capital: Crítica da Economia Política* de Karl Marx.

⁴ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 65.

⁵ No estudo dessa relação entre a Economia e o Direito, é importante mencionar a escola Direito & Economia (*Law & Economics*), a qual utiliza o suporte econômico para avaliar a interferência dos instrumentos legais sobre a economia. O movimento Direito & Economia é uma corrente acadêmica de juristas e economistas que busca analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica comum, com base em princípios econômicos (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

⁶ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 65.

⁷ GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1961, p. 12.

possível sincronizar o sistema de normas jurídicas em vigor com as transformações sociais em determinada época, mesmo com as contribuições trazidas pelas construções jurisprudenciais e doutrinárias.

Dessa forma, a análise do objeto dessa pesquisa reclama um exame sumário das transformações históricas, econômicas, sociais e jurídicas advindas do desenvolvimento de uma teoria da função social da empresa inserida no regime brasileiro de insolvência empresarial, a fim de identificar a importância dessa teoria no sistema jurídico Pátrio.

2.1 TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DA EMPRESA COMO UM FENÔMENO SOCIOECONÔMICO

O estudo dos institutos⁸ do Direito não pode dispensar a análise histórica da sociedade, de forma a permitir a definição do papel e do significado da juridicidade do fenômeno social. A transformação histórica da empresa representa igualmente a transformação de sua realidade jurídico-normativa.

Na evolução histórica da empresa é importante definir produção e modo de produção, uma vez que, no sistema capitalista atual, a empresa constitui-se no elemento central do modo de produção. Manuel Castells⁹ considera a produção como uma ação humana sobre a natureza para apropriação e transformação em benefícios, com a obtenção de produtos para consumo e acumulação de excedentes conforme os objetivos socialmente determinados. Assim, vê-se que são as estruturas sociais que determinam as regras para a apropriação, distribuição e uso do excedente. Essas regras determinam os modos de produção e as relações sociais dali advindas, as quais dão origem às diferentes classes sociais existentes.

Na Idade Média, durante o modo feudal de produção, predominava uma economia de subsistência, baseada na produção para o consumo, em que os servos produziam o que necessitavam e recorriam ao escambo nas feiras locais,

⁸ O termo instituto, neste trabalho, é utilizado para “designar o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas entidades ou certas situações de direito” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. II, p. 841.)

⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 51- 52.

para a obtenção de mercadorias que não conseguiam produzir¹⁰. Com a pouca busca por bens, não havia espaço para a produção de excedentes. A economia era agrícola, e tudo o que se necessitava provinha da terra.

O aumento populacional e as Cruzadas¹¹ proporcionaram um crescimento da demanda de produtos. Tal fato promoveu o desenvolvimento do comércio, inicialmente nas cidades italianas de Veneza, Pisa e Genova, a partir da organização das grandes feiras do Século XII ao XV¹².

O comércio promoveu o crescimento das cidades, o qual buscou um novo regime jurídico que não impusesse tantas restrições à atividade comercial e que fosse adequado às transformações sociais e econômicas ali ocorridas. Por força desse panorama social surgiram as corporações ou ligas de mercadores as quais regulavam a atividade comercial e atribuíam privilégios àqueles que delas fossem membros.

No final da Idade Média, os senhores feudais tiveram o seu poder enfraquecido, sofreram grande perda de seus bens em terra e servos. Isto ocorreu principalmente em função do desenvolvimento das cidades, do aumento da população, da descoberta de novas rotas marítimas, do aperfeiçoamento dos métodos bancários e da ampliação do mercado¹³. Como resultado destas

¹⁰ Levin Goldschmidt descreve a evolução do comércio nessa época: “*Naturalmente lo scambio dei beni è esiguo nei tempi primitivi tra i membri della medesima comunità. Esso deve il suo incremento e la sua regolarità all'intervento dell'intermediario (mercante straniero), il quale, principalmente eccitando e soddisfacendo il senso estetico, e con esso nuovi bisogni, importa beni desiderati (gioielli, metalli, armi, strumenti, vino, liquori, ecc.), ed esporta beni sovrabbondanti.*” (GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia Universale del Diritto Commerciale**. Tradução Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim: UTET, 1913, p.21). Tradução livre: Naturalmente, a troca dos bens é exígua nos tempos primitivos entre os membros da mesma comunidade. Esta deve o seu incremento e a sua regularidade à intervenção do intermediário (mercador estrangeiro), o qual, principalmente excitando e satisfazendo o senso estético, e com isso novas necessidades, importa os bens desejados (jóias, metais, armas, instrumentos, vinho, licores, etc), e exporta bens excedentes.

¹¹O propósito das Cruzadas é explicado por John Kenneth Galbraith: “As cruzadas são importantes para a importância singular e duradoura do mito. Esse mito provinha de homens imbuídos dos mais elevados propósitos religiosos, do mais desapegado sentido de comprometimento. A finalidade era a de reconquistar Jerusalém das mãos dos infiéis e com isso salvar os cristãos orientais em Constantinopla do jugo dos turcos. [...] O menos confesso propósito das cruzadas era a aquisição de terra e outras propriedades. Ao pregar a primeira cruzada em Clermont, no ano de 1095, o papa Urbano II foi suficientemente sincero em dizer que boas terras estavam à disposição dos cristãos na Terra Santa. Isso constituía uma perspectiva bastante inspiradora para os jovens filhos da nobreza franca ainda desprovidos de terras.” (GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da incerteza**. Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: Universidade de Brasília, 1979, p.110).

¹² HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 16-22.

¹³ Mercado aqui é entendido como o local onde demanda e oferta, compradores e vendedores se encontram.

transformações, foi-se operando a centralização do poder pelos reis os quais passaram a exercê-lo nacionalmente. Os reis mantinham um exército permanente e contavam com o financiamento dos comerciantes e dos industriais, e estes, em contrapartida, receberam vantagens, como a formulação de leis aprovadas por uma autoridade central, as quais regularam de maneira uniforme inclusive a matéria comercial¹⁴.

No curso da evolução social e como resultado da Revolução de 1789, surgiu um novo quadro da vida econômica, no qual os homens que organizavam livremente a atividade econômica passaram a deter os bens necessários à produção. Construiu-se, a partir daí, um sistema social diferente, o capitalista, baseado na livre oferta de mercadorias e serviços com o objetivo primordial de obter lucro. Contudo, a evolução do comércio e da indústria não afastava, ainda, a importância da agricultura. Esta era considerada, pelos fisiocratas¹⁵, como fonte de toda riqueza, a indústria de base. Somente a partir do início do Século XX, de forma gradativa, passou-se a observar o enriquecimento dos capitalistas industriais, frente aos donos de terra.

A nova ordem jurídico-social, fundada na liberdade, na propriedade individual livre e sagrada, e na autonomia da vontade, foi a base para o desenvolvimento do regime capitalista. Nesse regime, aqueles que possuíam poder econômico, passaram a exercer uma influência política e social preponderante.

Para Adam Smith¹⁶, a riqueza das nações resulta do empenho individual de cada um de seus membros em seus próprios interesses, e, ao servir aos seus próprios interesses o indivíduo estaria servindo ao interesse público, guiado por uma mão invisível. Por isso, o Estado intervencionista constituía uma ameaça para o desenvolvimento da nação, pois onerava com seus impostos, tarifas e limitava a liberdade de ação. O autor defendia também que a riqueza de uma nação e o progresso na produtividade, eram obtidos pela divisão de mão de obra, pela especialização.

¹⁴ HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 65-67.

¹⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da incerteza**. Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: Universidade de Brasília, 1979, p.8.

¹⁶ SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. Tradução Maria Tereza de Lemos Lima. Curitiba: Juruá, 2006, p.11.

O elemento central desse sistema é o capital que pode ser definido como o conjunto de recursos produtivos e financeiros que podem ser utilizados no desenvolvimento da atividade empresarial. O capitalista, a empresa, é o dono dos meios de produção (imóveis, equipamentos, instalações, estoques), o qual utiliza a força de trabalho para a produção de bens e serviços, sendo remunerado com o lucro¹⁷. No capitalismo, a separação entre produtores e meios de produção, baseado no controle do capital, determina o princípio básico da apropriação e distribuição do excedente pelos capitalistas¹⁸.

A acumulação de capital derivada do comércio, aliada à existência de uma classe de trabalhadores sem propriedade (matéria prima e instrumentos de trabalho), possibilitou o desenvolvimento do capitalismo industrial. A divisão e a especialização do trabalho provocaram a substituição da oficina pela manufatura, e o maquinismo ocupou a indústria, utilizando novas fontes de energia¹⁹. E, com o aparecimento de novas fábricas, mudanças significativas ocorrerem na ordem econômica e social.

Em meados do Século XVIII, a economia na Inglaterra e em parte da Europa Ocidental foi modificada por uma sucessão de invenções mecânicas como a máquina a vapor e o tear, as quais possibilitaram um processo de modificação das formas de produzir. No capitalismo industrial, a atividade econômica justificava o regime de dominação do capitalista sobre o operário.

Com a instituição da divisão social do trabalho, cada trabalhador desempenhava tarefas de acordo com o seu conhecimento, habilidades e força física. Os salários eram mantidos baixos diante da alta taxa de desempregados, que formavam uma reserva de mão de obra sempre em busca de um emprego. A acumulação de capital pelos capitalistas determinava a concentração de riquezas, e, com os lucros sempre crescentes, a produção também aumentava, o que gerava a necessidade de ampliação do mercado de consumidores, a qual não encontrava mais espaço nos limites do Estado.

¹⁷ FISTAROL, Mauro Cesar. **O Estado, a Organização Empresarial Capitalista e o novo modelo regulador de falências**, 2005. 159 p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional). Universidade Regional de Blumenau. Blumenau, p. 24-25.

¹⁸ CASTELLS, MANUEL. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 53.

¹⁹ RIPERT, Georges. **Aspetos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Campinas: Red Livros, 2002, p. 28.

Neste panorama, os países capitalistas ampliaram os seus domínios territoriais através das colônias, as quais funcionavam como uma forma de ampliação do mercado de consumo e fonte de obtenção de matérias-primas, além de constituírem posteriormente importantes fontes de investimento e desenvolvimento.

A busca desenfreada por novos mercados e territórios era acompanhada por uma corrida armamentista. A competitividade entre as grandes potências europeias acabou ocasionando a Primeira Guerra Mundial. As grandes certezas que o sistema capitalista construiu foram se desconstituindo com a eclosão da Primeira Guerra Mundial “e nunca mais foram as mesmas”.²⁰ A guerra foi o desfecho da rivalidade capitalista e imperial entre a Grã-Bretanha e França de um lado, e a Alemanha, de outro. Foi uma guerra imperialista, em que as rivalidades políticas expressavam a competição econômica das potências em conflito.

A insuficiência da produção e do comércio, bem como a alta inflação, revelou que a economia capitalista não era mais suficiente para satisfazer as necessidades da sociedade. Nesse momento, o legislador passou a dirigir a economia estabelecendo uma ordem econômica que fosse respeitada pelas convenções particulares.²¹

No período entre guerras, a economia capitalista norte americana sofreu a Grande Depressão em 1929, a qual espalhou os seus efeitos por todo o mundo. John Maynard Keynes surge e propõe um plano de ação para o governo norte-americano: o governo teria que fazer empréstimos e investir os fundos resultantes, para que a poupança fosse compensada a um nível elevado de produção e emprego.²² Mesmo com a discussão do plano nas academias e em outros regimes jurídicos, somente com a eclosão da Segunda Guerra o plano de Keynes foi aplicado pelo governo norte-americano: a produção aumentou, o

²⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da incerteza**. Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: Universidade de Brasília, 1979, p.129.

²¹ RIPERT, Georges. **Aspetos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Campinas: Red Livros, 2002, p. 61-62.

²² GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da incerteza**. Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: Universidade de Brasília, 1979, p.216.

desemprego diminuiu e os preços se mantiveram inalterados durante as duas décadas seguintes à Segunda Guerra.²³

As condições favoráveis ao crescimento do comércio internacional geradas após a Segunda Guerra Mundial foram o ponto de partida para o processo de globalização da economia²⁴. O aumento do consumo e da produção, especialmente após o fim da Guerra Fria, possibilitou o fortalecimento de uma economia de proporções globais. Em consequência disto, a atuação dos Estados até hoje se orienta para tornar possível a manutenção de níveis internacionais de competitividade.

Essa mudança no setor produtivo acarretou o crescimento do número de empresas de grande porte. Surge, daí, a tendência a fusões e incorporações de grandes empresas²⁵, com a formação de grandes conglomerados empresariais, utilizando as mais variadas formas de associações, desde participações acionárias tradicionais, exploração de franquias, acordos empresariais à formação de *joint ventures*²⁶. Como resultado desta modificação de mercado, os pequenos empreendimentos não mais conseguiram competir com o mercado globalizado.

Os agrupamentos empresariais passaram a perseguir o aumento da lucratividade com a redução substancial dos custos da produção. Tal comportamento fez diminuir a mão de obra pelo crescente avanço tecnológico da indústria e aumentar a concentração de riquezas. Estas modificações no modo de produção capitalista deram origem ao que se denomina ainda hoje de sistema de mercado.

²³ *Ibid.*, p.225.

²⁴ Do ponto de vista da política econômica, a globalização implica na perda de diversos atributos de soberania econômica e política por parte de um número crescente de países (ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Ano XXXIX, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000).

²⁵ O desenvolvimento de grandes empresas gera uma mudança em sua estrutura organizacional. O proprietário, o fundador e os acionistas, em geral são reconhecidos, mas não tem poder executivo. Este poder encontra-se sobre os administradores, que controlam suas funções e remunerações (GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.43-44).

²⁶ *Joint venture* pode ser definida como “todo vínculo jurídico estabelecido entre dois ou mais empresários com o objetivo de, mediante a combinação de esforços e recursos financeiros, realizar uma determinada atividade, negócio ou empreendimento comum”. São, em síntese, parcerias empresariais. (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Joint ventures**: contratos de parceria empresarial no direito brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 8).

No sistema de mercado, a inovação e a modificação de bens e serviços têm uma função econômica importante, pois nenhum fabricante expõe um novo produto sem estimular antes a demanda por seu consumo, a não ser que pretenda impulsionar a demanda por um produto já existente. Para tal, as empresas adotam estratégias de publicidade e de venda de forma a estabelecer preços e definir a procura, controlando e manipulando o consumidor.²⁷

Desde o final do século passado, vivencia-se uma revolução centrada nas tecnologias da informação a qual tem provocado uma veloz remodelação da sociedade e reestruturação do sistema capitalista. Um novo modo de desenvolvimento surge: o informacional, em que a fonte de produtividade é focada na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento de informação e de comunicação de símbolos.

Nesse novo modo de desenvolvimento, a economia passou a se desenvolver de forma interdependente e sua gestão deixou de ser assunto apenas nacional. Os fluxos de financiamento, o controle cambial, a política monetária, toda a atividade macroeconômica passou a ter interferências de acontecimentos não controláveis por um único Estado.²⁸

Este modelo de economia funciona como uma unidade em tempo real e em escala mundial, gerando efeitos tais como, a organização das principais atividades produtivas, do consumo e da circulação de riquezas em âmbito global, diretamente ou mediante redes de conexões entre agentes econômicos. Toda essa modificação na economia foi intensificada pela revolução da tecnologia da informação a qual forneceu a base material para esse novo modo de desenvolvimento.²⁹

Contudo, o novo modelo não transformou a economia em um sistema totalmente global: uma grande parte da produção, do emprego e das empresas ainda é local ou regional. Mas é possível identificar como setores globais os

²⁷ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.22-23.

²⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

²⁹ CASTELLS, MANUEL. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 119.

mercados financeiros, o comércio internacional e algumas formas de ciência, tecnologia e mão-de-obra especializadas. Esses setores hoje são responsáveis pela interligação do sistema econômico.

Neste desenvolvimento informacional, a economia se volta para uma organização em torno de centros de controle e comando hábeis para coordenar e gerenciar as atividades das redes de empresas. Serviços tais como finanças, seguros, bens imobiliários, assessoria jurídica, consultorias, marketing, segurança, relações públicas, gerenciamento de sistemas de informação e inovação científica, são normalmente encontrados no centro de todos os processos econômicos. Todos esses serviços têm o seu núcleo na geração de conhecimento e fluxos de informação e, com a utilização de sistemas avançados de telecomunicações, é possível a localização dispersa pelo globo.³⁰

Existe hoje uma interdependência mundial entre os mercados de capitais, nos quais o capital é gerenciado por mercados integrados, que funcionam em tempo real. Transações são feitas através de circuitos eletrônicos por todo o planeta, de modo que a transferência monetária entre diferentes economias é feita em curtíssimo prazo. A criação de uma infra-estrutura tecnológica possibilitou o crescimento daquelas transações em volume, conectividade, velocidade e complexidade.³¹

O modo de desenvolvimento informacional permite ainda o estabelecimento de dois tipos de conexões entre empresas: um estabelecido por meio de redes compostas por empresas de pequeno e médio porte, e outra por meio de licenciamento e subcontratação de produção, a qual se submete ao controle de uma empresa de grande porte. Os dois tipos de conexões formam, assim, nichos de mercado e empreendimentos cooperativos. Esses modelos de organização horizontal representaram um papel importante no crescimento econômico de alguns países nas décadas de 80 e 90³², a exemplo das indústrias de Hong Kong e das regiões industriais italianas³³.

³⁰ *Ibid.*, p. 469.

³¹ *Ibid.*, p. 143.

³² CASTELLS, MANUEL. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majjer. 8. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 218-219.

³³ O êxito no setor de exportação das indústrias de Hong Kong, entre o final da década de 50 e o início da década de 80 fundou-se no surgimento de redes de pequenos negócios domésticos, consistentes em empresas familiares fabricantes de produtos manufaturados. A maioria delas não

Outro modelo de organização que vem surgindo nos últimos anos são as interligações entre empresas de grande porte, que têm dado origem às alianças. Por meio destas, o acesso a mercados e recursos de capital é trocado por tecnologia e conhecimentos industriais, ou ainda, duas ou mais empresas empregam esforços, muitas vezes até a partir do estabelecimento de *joint ventures*, para desenvolver um novo produto ou tecnologia, sob o patrocínio de governos ou órgãos públicos³⁴. Essas alianças não impedem a concorrência, pois os parceiros de determinado mercado podem disputar a fatia de mercado de outras regiões do mundo.

Essas modificações no modelo organizacional possibilitaram a redução de custos, a maior eficiência das empresas, a descentralização das unidades produtivas e a flexibilidade das transações empresariais. Foram igualmente importantes para a melhor adequação das empresas às condições de imprevisibilidade produzidas pela rápida transformação econômica e tecnológica da sociedade, bem como para a superação da crise de lucratividade que atingiu o sistema capitalista na década de 70.

Resta assim demonstrado que a informatização aproxima e provoca uma interdependência maior entre os agentes econômicos de todos os portes, produtores de bens e serviços na sociedade em escala local, regional ou global.

Com essa breve análise do desenvolvimento da atividade econômica é possível verificar que nos diversos setores da vida social as transformações não se realizaram na mesma cadência. Ainda hoje, percebe-se que o desenvolvimento de um setor, em relação a outros, pode ocorrer de forma célere. Sendo assim, é importante explicar a transformação jurídica da empresa dentro e fora do Brasil.

2.2 TEORIA DA EMPRESA: TRANSFORMAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA

era subcontratada de empresas maiores, mas exportava por intermédio da rede de empresas importadoras/exportadoras de Hong Kong. O outro modelo produtivo é o chamado modelo "Benetton". Esta malharia italiana opera com franquias comerciais espalhadas por todo o mundo para a distribuição exclusiva de seus produtos, sob um rígido controle da empresa principal: uma central recebe o retorno on-line de todos os pontos de distribuição e mantém o suprimento de estoque. Este modelo de redes é eficaz de produção porque fornece trabalho a pequenas empresas.

³⁴ Um exemplo disso aconteceu na União Européia, que chegou a forçar empresas de diferentes países a cooperarem como condição para obterem subsídios, como a Philips, Thomson-SGS e da Siemens no Programa JESSI de microeletrônica (*Ibid.*, p. 220).

Após um breve trajeto pela evolução histórica da empresa, como um fenômeno socioeconômico, será abordada a sua evolução no mundo jurídico.

A teoria da empresa será abordada, partindo de uma síntese histórica do Direito Comercial e sua evolução para o Direito Empresarial; em seguida, será analisada a adoção dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, o conceito normativo de empresa a partir do estudo de seus elementos.

2.2.1 Síntese Histórica

A evolução histórica do Direito Comercial até o atual Direito Empresarial é importante para a compreensão das transformações a que foi aquele submetido, até o seu estágio atual. Nesse sentido, Levin Goldschmidt³⁵, historiador do Direito Comercial, declarou que *“la storia del diritto commerciale, como tutte le storie del diritto, non se può bene intendere se non in relazione con la storia universale della civiltà, e specialmente con la storia dell’economia”*³⁶.

O histórico do Direito Comercial pode ser, assim, dividido em fases: primitiva, corporativa, objetiva e fase da teoria da empresa.

2.2.1.1 Antiguidade

A disciplina jurídica do comércio, na época pré-romana³⁷, entre alguns povos antigos como os fenícios, assírios, babilônios e os gregos, não encontra conexão direta como o desenvolvimento ulterior do direito comercial. Logo, a sua

³⁵ GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. Tradução Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim: UTET, 1913, p. 16.

³⁶ Tradução livre: a história do direito comercial, como todas as histórias do direito, não se pode entender bem senão em relação com a história universal da civilização, e especialmente com a história da economia.

³⁷ Sobre o direito comercial da época pré-romana cf.: GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. Tradução Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim: UTET, 1913, p. 46-49.

abordagem para o conhecimento dos precedentes históricos da mercancia não é todo necessária.³⁸

Em Roma, não existia uma divisão do direito privado para disciplinar a atividade do comerciante. As relações provenientes do tráfico comercial eram resolvidas pelo próprio direito comum. Os comerciantes, geralmente estrangeiros e escravos, respondiam perante o *praetor peregrinus*, que a eles aplicavam o *ius gentium*, o qual continha normas provenientes do tráfico internacional. O *ius gentium* regulava as relações de caráter comercial entre romanos e estrangeiros; já o *ius civile* era aplicado somente aos cidadãos romanos.

2.2.1.2 Fase Subjetiva

Na segunda fase, na Idade Média, com a queda do Império Romano faltava um poder político para manter a paz interna e a realização do Direito. Assim, as grandes transformações no comércio fizeram com que os mercadores e artesãos se organizassem em corporações de ofício, com a finalidade de proteger a sua classe e criar normas que seriam aplicadas aos comerciantes³⁹. O Direito Comercial começou a se cristalizar nesta fase, deduzido não como obra de criação de jurisconsultos, mas como trabalho dos próprios comerciantes a partir das regras costumeiras (*consuetudo mercatorum*), corporativas, dos assentos jurisprudenciais, das decisões dos *consules mercatorum*, eleitos pela assembléia de comerciantes.

O *jus mercatorum* (estatuto dos comerciantes) era composto por regras costumeiras, decorrentes de julgamento pelos cônsules e das assembléias de comerciantes. Os estatutos dos comerciantes prolongavam sua autoridade para todos aqueles que estivessem escritos nas corporações. Além disso, era necessário que a controvérsia se referisse ao exercício da profissão mercantil.

Os cônsules dos comerciantes detinham funções políticas (defender a honra e a dignidade das corporações a que pertenciam), executivas (fazer observar

³⁸ ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 8.

³⁹ *Ibid.*, p. 15.

os estatutos e administrar o patrimônio das corporações) e jurisdicionais (julgando as causas comerciais), atuando como se fosse um verdadeiro Estado.⁴⁰

Nesta época surgiram os mais importantes institutos de Direito Comercial: a matrícula dos comerciantes, as sociedades, a letra de câmbio e a nota promissória, os negócios bancários, o seguro e a falência.

Com a expansão do comércio, a partir do desenvolvimento das expedições marítimas, as operações comerciais alargaram-se e este fator foi definitivo para a ampliação da autoridade e jurisdição das corporações de ofício. Ademais, a confiança que se depositava nas decisões dos cônsules fez com que as corporações passassem a decidir questões que não envolvessem somente os comerciantes matriculados, mas também os estranhos à corporação, desde que tivesse celebrado negócio com um mercador inscrito.

O comerciante passou a ser considerado aquele que exercia o comércio, mesmo sem fazer parte da corporação. Neste momento, o direito comercial começa a se afastar de sua feição corporativa (direito dos comerciantes) para se aproximar de um enfoque objetivista (direito do comércio ou dos atos de comércio). O privilégio da jurisdição especial das corporações era concedido não somente aos comerciantes matriculados, mas a todos que exercessem a mercancia. Não era preciso pertencer à corporação de ofício para ficar sujeito à jurisdição comercial; bastava o efetivo exercício do comércio.⁴¹

Os costumes comerciais desta época passaram a ser sistematizados em compilações e aplicados nas diversas regiões da Europa. Nesse processo, os jurisconsultos italianos dos séculos XVI e XVII contribuíram primordialmente para a formação dos princípios fundamentais e a construção dos institutos de Direito Comercial, pois souberam conferir orientação doutrinária aos estatutos, à jurisprudência e aos costumes.

2.2.1.3 Fase Objetiva

⁴⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1, p. 54.

⁴¹ *Ibid.*, p. 56-57.

Na França, no reinado de Luís XIV, foram realizadas as primeiras tentativas de unificação e codificação das leis comerciais, com a promulgação de duas ordenanças: a *Ordonnance sur le commerce de terre*, de 1673, e a *Ordonnance sur le commerce de mer*, de 1681. Essas ordenanças reuniram e sistematizaram os princípios e as normas dispersas nos vários estatutos e fontes doutrinárias.⁴²

A partir dessas duas ordenanças, o Direito Comercial obteve pela primeira vez, sua codificação, em 1807, com a promulgação do Código Napoleônico ou *Code de Commerce*. Com isso foi adotado, definitivamente, o conceito objetivo de comerciante, definido como aquele que pratica com habitualidade os atos de comércio⁴³. Esta fase objetivista desloca a base do Direito Comercial da figura tradicional do comerciante para os atos de comércio.

O tratamento objetivista do Direito Comercial foi influenciado pelo ideal de igualdade da Revolução Francesa que não admitia conferir a este ramo um caráter pessoal de direito corporativo, optando por disciplinar o comerciante pela prática dos atos de comércio que eram elencados no Código Napoleônico⁴⁴. Francesco Galgano⁴⁵ leciona que o direito que nasce da codificação é um direito igual para todos os cidadãos, sem distinção de classe, um direito pensado em função de uma unidade do sujeito jurídico. Esse direito igual para todos, significa antes de tudo, a supressão do direito de classe, do qual tinha apreciado a nobreza, e demonstra que a nova classe dominante se concebe como classe socialmente aberta.

A apesar de ter contribuído para a transformação científica e a autonomia do direito comercial, o caráter objetivo criou a dificuldade de estabelecer um elemento de ligação entre os atos elencados na legislação, a ser usado na construção do conceito de comerciante, e na distinção entre os atos civis e os atos comerciais.

⁴² ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 31.

⁴³ Ato de comércio é definido por Alfredo Rocco como a atividade que dá origem às relações reguladas pelo direito comercial (*Ibid.*, p. 190).

⁴⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 1. p. 61-62.

⁴⁵ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1976, p. 87.

2.2.1.4 Fase Subjetiva Moderna

Com o processo de industrialização crescendo principalmente na Europa Ocidental e na América do Norte, a partir do Século XIX, a produção em massa e a complexidade da sociedade fizeram surgir novas formas de acumulação de riquezas pela atividade produtiva em larga escala. A indústria dos bens de consumo e a prestação de serviços começaram a ganhar mais espaço do que o comércio tradicional, importando numa crescente inadequação do sistema jurídico dos atos de comércio à nova realidade sócio-econômica que se apresentava.⁴⁶

Em 1942 na Itália, foi promulgado o Código Civil italiano reunindo em um só corpo legislativo matérias de direito civil e empresarial. Este Código ignorou o conceito de ato de comércio e centrou-se na figura do empresário⁴⁷. A empresa, exercida por meio do empresário, tornou-se o novo centro do Direito Comercial italiano. Ocorreu o que se chama passagem lógica do Direito Comercial para o Societário – Empresarial.

Sendo assim, com a promulgação do *Codice Civile*, a teoria dos atos de comércio é superada pela teoria da empresa. Esta teoria ampliou o conceito de empresa que já existia na teoria objetiva. Isso porque atividades que antes não eram regidas pelo Direito Comercial como a prestação de serviços, a negociação com imóveis e a atividade agropecuária e extrativista, passaram a ser reguladas pelo então Direito Empresarial, conforme se verá a seguir.

2.2.2 Empresa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Alguns fatos que precederam a independência do Brasil em 1822 são dignos de registro por terem contribuído significativamente para a evolução do comércio e do Direito Empresarial pátrio.

⁴⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p.23.

⁴⁷ O art. 2082 do Código civil Italiano de 1942 define empresário:

“Art. 2082 Imprenditore

E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).”

Tradução livre: Empresário: é empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada (2555, 2565) com a finalidade da produção ou da troca de bens ou de serviços.

Com a chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil em 1808, foi determinada pela Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 a abertura dos portos do Brasil ao comércio estrangeiro. Esse ato foi atribuído ao Príncipe Regente de Portugal ao aportar na Bahia, por influência direta de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairú.⁴⁸

Logo em seguida à abertura dos portos, três alvarás contribuíram decisivamente para o desenvolvimento do comércio no Brasil. O Alvará de 1º de abril de 1808 permitiu o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas. O Alvará de 23 de agosto de 1808 fundou o Tribunal da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação no Rio de Janeiro. Outro Alvará importante foi o de 12 de outubro de 1808, que criou o Banco do Brasil no Rio de Janeiro, tendo por objetivo além de outros fins, a possibilidade de emissão de títulos pagáveis ao portador, operações de desconto, comissões, depósitos e saques.⁴⁹

A Assembléia Constituinte e Legislativa, por intermédio da Lei de 20 de outubro de 1823, determinou que fosse mantida a aplicação no Brasil das leis vigentes em Portugal até 25 de abril de 1821. Essas leis (Ordenações e algumas leis e alvarás dos Séculos XVII e XVIII) não disciplinavam adequadamente a matéria comercial. Além disso, a Lei da Boa Razão, que autorizava a aplicação subsidiária da legislação “das nações cristãs, iluminadas e polidas”⁵⁰, causava grande instabilidade social, pois devido à multiplicidade de normas aplicáveis, os juízes julgavam as causas como melhor lhes convinham.⁵¹

No Brasil, em 1832, foram dados os primeiros passos para a elaboração do projeto de código comercial. A Regência, em nome do Imperador, nomeou uma comissão para elaborar o projeto que compreendia três partes: a primeira relativa aos contratos e obrigações mercantis, a segunda relativa ao comércio marítimo e a terceira relativa às quebras. Apenas dezoito anos depois o Código Comercial foi sancionado e publicado em 1º de julho de 1850.

⁴⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. vol 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 71.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 73.

⁵⁰ O Código Comercial Francês, de 1807, o de Portugal de 1833 e o da Espanha de 1829, passaram a constituir a legislação comercial nacional.

⁵¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *op.cit.*, p. 73-75.

O Código Comercial Brasileiro de 1850 e o Regulamento n. 737 de 1850 foram influenciados pelos Códigos Comerciais Francês (1808), Espanhol (1829) e Português (1833) e adotaram a teoria dos atos de comércio. Para o Código Comercial Brasileiro, a definição de comerciante é extraída de seu art. 4º: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia profissão habitual”.

A opção pela teoria objetiva não conduziu o legislador à enumeração dos atos de comércio no corpo do Código Comercial o que somente ocorreu no Regulamento n. 737, art. 19 o qual definia mercancia como: §1º) a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; §2º) as operações de câmbio, banco e corretagem; §3º) as empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; §4º) os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; §5º) a armação e expedição de navios.

Consideram alguns doutrinadores, dentre eles Rubens Requião⁵², apoiado na doutrina de Alfredo Rocco⁵³ que a enumeração dos atos considerados como de mercancia pelo Regulamento n. 737 de 1850 era meramente exemplificativa e comportava por analogia, a extensão da comercialidade para outras empresas além das enumeradas no §3º do art. 19 do Regulamento.

Ao considerar a enumeração dos atos de mercancia do art. 19 do Regulamento n. 737 como apenas exemplificativa, a doutrina deixou espaço para aplicação de uma teoria não exclusivamente objetivista. Assim, foi adotado no Brasil um entendimento flexível no que tange à qualificação das empresas como comerciais. Desse modo, bastava caracterizar-se como uma organização e reiterar a prática de determinados atos especulativos, em caráter profissional, para estar

⁵² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

⁵³ Quando Alfredo Rocco tratou dos atos de comércio, considerou que a expressão “considera” do art. 3º do Código Comercial Italiano de 1882, significa que à enumeração feita pela lei das atividades consideradas comerciais, se deve atribuir um caráter exemplificativo e não taxativo, podendo ser reconhecidas outras espécies de atividades não contempladas pela lei. (ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 192).

caracterizada a mercancia aludida no art. 4º do Código Comercial Brasileiro de 1850.

O desenvolvimento acelerado da economia capitalista, a produção em massa e a complexidade da sociedade provocaram diversas transformações nas relações comerciais e ocasionaram no Brasil, a partir de 1855, diversas alterações no texto do Código Comercial de 1850, para tentar promover uma adequação à nova realidade socioeconômica que se apresentava.

Em 1867, Teixeira de Freitas, numa tentativa de unificação, propôs a criação de um Código Civil que abrangeeria a matéria civil e comercial.⁵⁴

As opiniões dos juristas europeus acerca da Teoria da Empresa começam a refletir no Brasil e, a partir de 1960, juristas brasileiros como Waldemar Ferreira⁵⁵ e Eunápio Borges⁵⁶ passaram a considerar a empresa como núcleo do Direito Comercial.

Não somente a doutrina começou a se adequar à teoria da empresa, mas também o ordenamento jurídico brasileiro aos poucos foi se ajustando. A unificação de parte do direito privado foi tentada, sem sucesso, em 1964, com a apresentação do projeto de Código das Obrigações, de 25 de dezembro de 1963, a cargo do jurista Caio Mário da Silva Pereira. Parte desse projeto regulamentava os títulos de crédito e a atividade empresarial com forte influência do Código Civil Italiano.

Em 1969, o Governo Brasileiro nomeou uma nova comissão, presidida por Miguel Reale, para elaborar o projeto do Código Civil. O primeiro texto foi apresentado em 1972 e já previa a unificação do Direito das Obrigações civis e

⁵⁴ A partir de um compromisso firmado com o Governo Imperial, em 1859, Teixeira de Freitas elaborou um “Esboço” de código civil, que reuniria a matéria de direito civil e comercial. O Contrato foi rescindido em 1859 por não ter o Governo aceito a idéia de elaboração de um código geral para o Direito privado. (GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12). Embora o esboço não tenha sido utilizado no Brasil, serviu de base para a elaboração do Código Civil Argentino, além de ter sido aproveitado em outras nações ibero-americanas (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 6, p. 14).

⁵⁵ “A empresa constitui, atualmente, o verdadeiro critério da comercialidade. O Direito Comercial deve ser o das empresas. Essa idéia o unifica. Restitui-lhe seu caráter profissional, sem que se regresse ao direito de casta e de formalismo antigo” (FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1, p. 212.

⁵⁶ “O novo direito comercial será o direito de empresa” (BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 69.

comerciais⁵⁷. Após diversas emendas e atualizações o projeto foi sancionado em 10.01.2002 (Lei n.10.406), adotando definitivamente a teoria da empresa.

2.2.3 Teoria da Empresa no Brasil

Com a promulgação do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro adotou expressamente a teoria da empresa, incorporando o modelo italiano de disciplina da atividade econômica.

A transição da teoria objetivista para a Teoria de Empresa foi muito facilitada pelo caráter exemplificativo conferido aos atos enumerados pelo Regulamento n. 737 de 1850. Com a revogação desse Regulamento ocorreu o alargamento do conceito de mercancia, a partir da comercialização de várias atividades que não se subsumiriam dentro da noção existente de comércio. Tudo isso significava uma progressiva aproximação do Direito Comercial com a noção de empresa.

Durante a vigência do Código Comercial de 1850 – inspirado na teoria dos atos de comércio – a doutrina, a jurisprudência e a legislação esparsa foram aos poucos se ajustando à nova realidade da empresa.

Essa construção doutrinária e jurisprudencial antecipou, em vários anos, a disciplina legal que viria a ser dada com a promulgação do Código Civil de 2002. Isso porque era considerada empresa comercial aquela encarregada de uma das etapas de circulação de bens e serviços no mercado.⁵⁸

Essa nova roupagem afastava o Direito Comercial de sua essência original, pela qual era considerado como o ramo do Direito criado pelos comerciantes e destinado a regulamentar sua atividade e o aproximava de um novo conteúdo que é a empresa. A importância que a teoria da empresa progressivamente assumia no Direito refletiu-se em diversos textos legais esparsos a partir da década de 90.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, já desvinculado da teoria dos atos de comércio, atribui igual tratamento jurídico a

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.92.

⁵⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p.70.

todos os fornecedores, independentemente do ramo de atividade exercida, comercial ou não (ramo imobiliário, prestadores de serviços, industriais, banqueiros e comerciantes).

A Lei n. 8.245/1991, que dispõe sobre a locação predial urbana, promoveu alterações no instituto da renovação compulsória do contrato de locação e no art. 51, §4º, estendendo o direito à ação renovatória às sociedades civis com fins lucrativos, eliminando o privilégio que só era concedido àqueles que exerciam a atividade comercial. Isso revela a aproximação das atividades comerciais com aquelas reguladas pela legislação civil e a unificação das obrigações civis e empresariais.

A Lei n. 8.934/1994, que promoveu a reforma do Registro do Comércio, não adotou mais a teoria dos atos de comércio o que pode ser percebido por sua denominação “Registro de Empresas e Atividades Afins”.

Sendo assim, conforme assevera Ronnie Preuss Duarte⁵⁹, o Código Civil de 2002 marcou uma nova era do Direito Comercial, que hoje abarca a empresa com seus elementos (empresário e estabelecimento), as estruturas jurídicas da empresa, os contratos de cooperação e aqueles que constituem objeto específico da atividade empresarial, bem como alguns institutos tradicionalmente comerciais, como os títulos de crédito, os procedimentos concursais, etc.

2.2.4 Conceito de Empresa

Empresa pode ser compreendida por diversos pontos de vista, segundo a especialidade de quem a observa. Essa organização econômica revela-se diferentemente à Sociologia, à Economia, à História, ao Direito, à Política, e assim por diante.

Para a Sociologia, por exemplo, a empresa representa um grupo social organizado, constitui “uma forma especial de unidade social, com um meio

⁵⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p.88.

interno próprio, relativamente autônomo, mantendo relações com o mundo da comunidade que a cerca”⁶⁰. É considerada um grupo social funcional ou de interesses, voluntários, no qual as pessoas se reúnem por exercerem a mesma função na sociedade, por possuírem os mesmos interesses na profissão ou porque realizam a mesma atividade.⁶¹

No campo da economia, pode-se elencar algumas definições. L. Baudin define empresa como “toda organização, cujo objeto é produzir, trocar ou fazer circular os bens ou os serviços. A empresa é a unidade econômica na qual se agrupam e coordenam os elementos humanos e materiais da atividade econômica”⁶². Para P. Reboud “empresa é uma organização de produção de bens ou de serviços destinados a ser vendidos, com a esperança de realizar benefícios”⁶³. Joseph Schumpeter considera a empresa como “nova combinação dos meios de produção”⁶⁴, ou seja, para ele a empresa deve se destinar: à elaboração de um bem novo, à introdução de um método de produção nova, à conquista de um novo mercado, à conquista de uma nova matéria prima e a realização de uma nova organização da produção. Salvatore Sassi⁶⁵ se refere à empresa como “*sistema coordinato e successivo di produzioni economiche tendente ad una finalità lucrativa*”⁶⁶. Evaristo de Moraes Filho reúne alguns requisitos indispensáveis para o conceito de empresa: a) a existência de uma sociedade desenvolvida, sob economia monetária; b) a existência de um mercado amplo e permanente que dê consumo aos bens disponibilizados; c) a coordenação pelo empresário, dos fatores de produção; d) intuito lucrativo; e) assunção do risco pelo empresário.⁶⁷

⁶⁰ MORAES FILHO, Evaristo. **Sucessão nas obrigações e a Teoria da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 1, p. 235.

⁶¹ *Ibid.*, p. 238.

⁶² BAUDIN, L. *apud* MORAES FILHO, Evaristo. *op. cit.*, p. 260.

⁶³ REBOUD, P. *apud* MORAES FILHO, Evaristo. *op. cit.*, p. 261.

⁶⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução Maria Silvia Possas. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 54.

⁶⁵ SASSI, Salvatore. **Il Sistema dei Rischi D'impresa**. Milão: Francesco Vallardi, 1940. p. 6.

⁶⁶ Tradução livre: sistema coordenado e sucessivo de produções econômicas, tendo em vista a finalidade lucrativa.

⁶⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e teoria da empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 275.

No Direito, pela Teoria da Empresa, pode-se definir como empresa a atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Este conceito jurídico assenta-se no conceito econômico de empresa.

O professor Alberto Asquini⁶⁸ considerava empresa como um fenômeno complexo, de difícil percepção, ao qual não era possível atribuir um conceito unitário, em razão dos diversos elementos que o integram. Contemplava a empresa como um fenômeno poliédrico, pois é possível extrair uma noção jurídica de cada aspecto desse fenômeno econômico.

A empresa é considerada sob quatro perfis diferentes: a) o perfil subjetivo, que identifica empresa com o empresário; b) o perfil objetivo, que relaciona a empresa com o estabelecimento empresarial; c) o perfil funcional, que reconhece a empresa como atividade empreendedora; d) o perfil corporativo, que faz entender a empresa como instituição ou comunidade de trabalho.

Alberto Asquini percebeu que a empresa, na verdade, era tratada por múltiplos perfis. Tanto na doutrina como na legislação, o vocábulo empresa é utilizado, embora tecnicamente seja reprovável, em um instante para designar empresário, em outro o estabelecimento ou a atividade.

Cesare Vivante⁶⁹, por outro lado, define empresa como “um organismo econômico que põe em jogo os elementos necessários para obter um certo produto destinado à troca, com risco do empresário.” Carvalho de Mendonça também identifica o conceito jurídico de empresa com o seu conceito econômico. Considera este autor, a empresa como uma organização técnico-econômica que, mediante a combinação dos diversos elementos, se propõe a produzir bens ou serviços destinados à troca, com o intuito de obter lucros, correndo os riscos por conta daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.⁷⁰

Por todos os conceitos supra ilustrados pode-se concluir que a empresa como entidade jurídica é uma abstração, vez que é conceituada como atividade. A empresa surge da atuação do empresário em determinada atividade

⁶⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**. Tradução para o português de Fábio Konder Comparato, São Paulo, v. 104.

⁶⁹ VIVANTE, Cesare *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *op. cit.*, p. 333.

⁷⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. vol 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 482.

econômica. Nesse sentido, Rubens Requião⁷¹ considera que a empresa nasce da atividade do empresário de organizar um complexo de bens com o trabalho aliciado de outrem. Dessa forma, como uma abstração jurídica, a empresa é essa “organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário”⁷².

É inadequado afirmar que a empresa teve a falência decretada ou que a empresa celebrou determinado contrato, pois nestes casos estar-se-ia confundindo a atividade com o sujeito de direito: empresário, pessoa jurídica, sociedade empresária. Da mesma maneira, não é correto afirmar que a empresa foi reformada ou que foi demolida, pois dessa forma o vocábulo empresa estaria sendo confundido com o local do exercício da atividade, ou seja, com o estabelecimento empresarial.

O Código Civil de 2002, apesar de não expressar a definição de empresa, define empresário em seu art. 966 como o profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Contudo, é relevante ressaltar, que a empresa é o núcleo do Direito Comercial, agora Direito Empresarial; é ela que qualifica o empresário e não o oposto.

Da interpretação do art. 966 do Código Civil de 2002, somente haverá empresa quando se verificar a presença de certos fatores, sem os quais a atividade não será considerada como empresarial: a) atividade econômica de produção de bens ou serviços; b) organização (fatores de produção); c) profissionalismo.⁷³

Dessa forma, antes de iniciar o estudo da função social da empresa, torna-se imprescindível analisar os elementos normativos da empresa previstos no Código Civil de 2002. Isso porque, a verificação da existência da empresa é suficiente para impor àqueles que exerçam o seu controle a submissão a um regime próprio.

2.2.4.1 Atividade econômica para produção de bens e serviços

⁷¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 59.

⁷² *Ibid.*, p. 59.

⁷³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p. 92-93.

O empresário é o exercente de atividade econômica organizada, ou seja, da empresa, atividade de produção e circulação de serviços. O requisito da economicidade serve para distinguir a empresa de outras espécies de atividades. Portanto, a empresa deve ser atividade economicamente produtiva (criadora de riquezas⁷⁴), além de ser dirigida ao mercado, para satisfazer as necessidades humanas ou até mesmo criar necessidades humanas⁷⁵.

A produção ou circulação para o mercado também é um requisito que deve ser atendido. Não se caracteriza como empresário aquele que produz para sua própria subsistência. A criação de riqueza (produto ou serviço) deve ser dirigida ao mercado ou pelo menos ser suscetível de comercialização.

A finalidade lucrativa é outro elemento da economicidade. O lucro, considerado como a diferença entre os resultados e os custos, constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico. A empresa deve ter aptidão para gerar uma vantagem de cunho econômico para o empresário, de modo que seja suficiente ao menos para cobrir os custos da produção e garantir a manutenção da organização produtiva. Contudo, é importante observar que a aptidão para lucrar deve ser objetivamente considerada independentemente das reais intenções do sujeito.

Por produção de bens e serviços deve-se entender não somente a produção de um novo bem, mas também a agregação de um valor aos bens pré-existentes, a criação de riquezas para o mercado. Produção de serviços é a prestação de serviços. Já a circulação de bens é a atividade de comércio, a atividade de intermediação na cadeia de escoamento de produtos. A circulação de serviços é a atividade de intermediar a prestação de serviços prestados por outros

⁷⁴ A função do empresário é criativa de riquezas e não somente intermediária, pois, as aos bens ou serviços fornecidos pelo empresário ao mercado, não são absorvidos apenas o trabalho e o capital aplicados, mas também o trabalho organizado e criado pelo empresário (ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**. Tradução para o português de Fábio Konder Comparato, São Paulo, v. 104, p.111).

⁷⁵ Herbert Marcuse ao abordar as formas de controle da sociedade industrial, caracterizou as necessidades humanas como verdadeiras e falsas. Explica que se tratam de necessidades históricas. As necessidades falsas “são aquelas superimpostas ao indivíduo por interesses sociais [...] A maioria das necessidades comuns de descansar, distrair-se, comportar-se e consumir de acordo com os anúncios, amar e odiar o que os outros amam e odeiam, pertence a essa categoria de falsas necessidades. Tais necessidades têm um conteúdo e uma função sociais determinados por forças externas sobre as quais o indivíduo não tem controle algum” (MARCUSE, Herbert. A ideologia da Sociedade Industrial. Tradução de Giasone Rebuá. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 26-27).

agentes econômicos. Em resumo, a atividade empresária pode se referir a qualquer setor da economia: agrícola, industrial, comercial, creditício, etc.

2.2.4.2 Organização

A organização é um dos requisitos de maior destaque para a caracterização da empresa. A doutrina refere-se a diversas dimensões ou níveis de organização, não havendo concordância quanto ao mínimo necessário para efeito de aplicação ao conceito legal. Neste íterim, organização deve ser entendida não no sentido de órgão, entidade ou instituição, mas no sentido de ordenação, estrutura, método, sistematização. Somente nesta última acepção, o elemento organizacional é responsável pela qualificação de uma atividade como empresarial.

A grande dificuldade em identificar uma organização mínima para a caracterização da empresa advém do fato do conceito de organização ser extrajurídico. O trabalho organizado assume importância econômica porque a produção se desenvolve no tempo e interessa para o empresário a variação do resultado útil da empresa em um período, que é justamente o risco da empresa.

Salvatore Sassi⁷⁶ explica que em relação à atividade econômica, o risco é considerado como uma eventualidade do andamento desfavorável no desenvolvimento de uma atividade futura.

O risco derivado de cada procedimento produtivo e o risco correspondente à possibilidade de satisfazer os custos do trabalho e dos capitais empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos, determina que o empresário exerça um trabalho de organização do modo de atuação da produção e da distribuição de bens.⁷⁷

A atividade organizadora do empresário é mais clara em empresas de médio e grande porte, nas quais seu trabalho se evidencia daquele de seus dependentes. Surge então a necessidade de distinguir, ao menos, o trabalho autônomo e individual da pequena empresa, pois esta deve apresentar um grau mínimo de organização.

⁷⁶ SASSI, Salvatore. *Il Sistema dei Rischi D'impresa*. Milão: Francesco Vallardi, 1940. p. 1.

⁷⁷ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. Tradução para o português de Fábio Konder Comparato, São Paulo, v. 104, p. 110.

Trabalho autônomo é aquele em que a atividade profissional é exercida de maneira individual com ou sem alguns instrumentos necessários ao desempenho do ofício. O trabalhador autônomo organiza sua própria atividade, mas para a qualificação como empresa há de existir algo mais substancial.

A distinção entre o trabalho autônomo e a empresa encontra-se na otimização do trabalho individual proporcionado pela organização.

Para a caracterização da empresa exige-se que na atividade de produção de bens ou prestação de serviços, seja verificada a presença de elementos organizacionais, que pode ser a ordenação do trabalho alheio ou a organização dos meios de produção. Não é suficiente a profissionalidade para qualificação de uma atividade como empresarial. É necessária a organização de outros meios ou pessoas.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Alberto Asquini⁷⁸ consideram que a organização deve abranger, ainda que em escala reduzida, o emprego de trabalho ou de capitais. Ronnie Duarte⁷⁹ considera que a organização pode ser classificada como pessoal (de pessoas) e real (de bens ou meios de produção). Para Ricardo Negrão⁸⁰, a organização compreende a ordenação de trabalho alheio e do capital próprio e alheio.

Antônio Menezes Cordeiro entende a empresa como um “conjunto concatenado de materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direção, de modo a desenvolver uma atividade segundo regras de racionalidade econômica”⁸¹. No elemento da organização, estariam agrupados os elementos humanos ou materiais⁸² de forma articulada a permitir o desenvolvimento de uma atividade produtiva.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 111.

⁷⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p.106.

⁸⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2005, p.48.

⁸¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 234.

⁸² Antônio Menezes Cordeiro considera como elemento humano aqueles que colaboram na empresa, desde trabalhadores aos donos, passando por auxiliares e dirigentes. Já o elemento material compreende coisas corpóreas (moveis,imóveis) e coisas incorpóreas (licenças, marcas, insígnias, clientela, aviamento, etc.) (CORDEIRO, Antônio Menezes. *op. cit.*, p. 234).

Não existe diferença substancial na caracterização de organização por esses doutrinadores. O emprego de trabalho mencionado por Alberto Asquini corresponde à organização pessoal sistematizada por Ronnie Duarte, compreende a ordenação de trabalho alheio mencionada por Ricardo Negrão e o elemento humano definido por Antonio Cordeiro. Sendo assim, a organização pessoal pressupõe a intermediação de trabalho alheio.

Cabe estabelecer uma ressalva. A organização do trabalho alheio não se configura como uma condição obrigatória para a qualificação da atividade como empresarial. Principalmente nos dias atuais, em que os meios tecnológicos são capazes de otimizar a produção substituindo o esforço humano. Com efeito, não é possível exigir a organização do trabalho alheio como requisito essencial à existência da empresa, apesar de, na prática, as empresas submeterem as pessoas envolvidas em alguma etapa do processo produtivo.

A organização real ou organização dos meios de produção seria a ordenação de um estabelecimento. Por estabelecimento se entende o complexo de bens materiais ou imateriais utilizados para o desenvolvimento da atividade empresarial (capital, matéria-prima, tecnologia, imóveis, móveis, ponto empresarial, marca, nome empresarial, patentes de invenções e modelos de utilidade, etc).

O estabelecimento pode ser definido como o conjunto de bens utilizados e organizados pelo empresário para o exercício da atividade empresária, neste caso o estabelecimento físico seria apenas um dos elementos do estabelecimento. O empresário teria a tarefa de organizador de vários outros elementos que compõem os meios de produção

O fenômeno empresarial poderá não estar totalmente condicionado à presença de um estabelecimento, em sua acepção restrita, material. A existência de uma organização pessoal e de uma organização real consistente na presença do simples investimento em capital, desde que seja substancial para o exercício da atividade, pode ser suficiente para o desenvolvimento da empresa.⁸³

Tal hipótese é plenamente considerada quando se trata da prática do comércio em sentido estrito, como atividade de intermediação. Atualmente isso é possível principalmente em relação a um empresário que exerça atividade de

⁸³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004, p.111.

venda de mercadorias pela Internet. Em alguns casos, ele não precisará da organização direta de trabalho alheio (empregados) e nem de um estabelecimento físico, pois as próprias mercadorias vendidas poderão ser retiradas do produtor diretamente para o consumidor final. Entretanto, para as atividades produtivas o mero emprego do capital não é suficiente, sendo necessários outros elementos organizativos, como máquinas e trabalho alheio.

A empresa se configura, portanto, com o aumento da produtividade proporcionada pela organização. Haverá empresa quando independentemente da organização ou não do trabalho alheio, os meios materiais empregados na atividade desenvolvida excedem a capacidade produtiva do trabalho individual.

2.2.4.3 Profissionalismo

A organização da atividade produtiva não é suficiente para que se repute existente a empresa. O art. 966 do Código Civil de 2002 propugna que a atividade deve ser exercida profissionalmente.

O profissionalismo é identificado com o exercício habitual da atividade produtiva em caráter estável. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico ou aquele que organiza episodicamente a produção de certa mercadoria, ainda que destinada à venda no mercado.

Tanto a habitualidade como a estabilidade devem ser observados com alguma cautela para que não sejam excluídas do âmbito da empresarialidade as atividades exercidas sazonalmente, como é o caso de certos hotéis e restaurantes situados em regiões litorâneas que apenas funcionam em determinado período do ano. Não se exige que a atividade seja ininterrupta, basta que não seja eventual ou aleatória.

De igual forma, não pode ser excluído do conceito de empresa uma atividade restrita a um determinado período, a um único negócio. É o caso do empresário que se propõe exclusivamente à construção de uma estrada, ou um empreendimento de grande porte, atividade que envolve uma multiplicidade de atos e significativa organização de trabalho e capital. Isso porque a extensão da duração da empresa é inerente ao seu objeto.

A condução do art. 966 do Código Civil de 2002 à observância de todos os elementos para a caracterização da atividade empresarial, não significa que esses elementos devem ser interpretados de maneira rígida e individualizados. A presença marcante de um dos elementos pode dispensar a presença de outros, o que deve ser verificado em cada caso concreto.

Estabelecidos os limites da atividade econômica empresarial para sua correta identificação será realizado o estudo da função social.

3 FUNÇÃO SOCIAL

A análise da função social no direito constitucional e privado e, em especial, a função social da empresa requer uma abordagem preliminar acerca dos elementos que ilustraram a instituição de um novo paradigma jurídico-cultural no direito privado contemporâneo, bem como um conciso estudo sobre o conceito de sistema jurídico e a técnica legislativa da cláusula geral.

3.1 ADVENTO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO-CULTURAL NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

As transformações que a sociedade enfrenta provocam mudanças no Direito, ao longo do tempo, reformulando os princípios e os paradigmas legais. Os movimentos renovadores trazidos com a evolução do capitalismo industrial e a série de problemas desencadeados após a Primeira Guerra Mundial trouxeram importantes alterações à vida econômica e às instituições fundamentais do Direito Privado desde o final do Século XIX.

O problema econômico foi o centro da atenção de juristas e influenciou a elaboração das constituições políticas pós-guerra que tinha como idéia principal orientar a vida econômica, assegurar a produção e regular a forma de exploração da terra. A Constituição de Weimar, de 31 de julho de 1919, que regulava em um de seus títulos “A vida econômica”, previa o seguinte: “A vida econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça e tendendo a assegurar a todos uma existência humana digna. Nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada”⁸⁴.

As transformações do direito privado ocorreram em virtude de um complexo de orientações representadas em princípios inovadores que serão analisados a seguir.

⁸⁴ GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antologia Jurídica, 1935, p. 8.

3.1.1 Constitucionalização do Direito Privado

A constitucionalização do Direito Privado representa, de certa forma, a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Privado. Esta dicotomia remonta ao direito Romano e teve por base o texto de Ulpiano, que procurava distinguir o *publicum* do *privatum* (Digesto, livro I, título I, fragmento I, parágrafo 2): “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*”⁸⁵.

Tércio Sampaio Ferraz⁸⁶ leciona que as grandes dicotomias têm um efeito didático e permitem uma sistematização no sentido dogmático, do direito analiticamente tido como um conjunto de normas. Analisa que Ulpiano quando distinguia Direito Público do Direito Privado, procurava diferenciar o âmbito do público enquanto lugar da ação, do lugar dos homens livres que se governam e o Direito Privado, como lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência.

Quanto à forma, Norberto Bobbio⁸⁷ considera o Direito Privado como aquele que deriva de relações de coordenação entre sujeitos de nível igual e o Direito Público, marcado pela desigualdade entre os sujeitos que estariam em uma relação de subordinação. O autor também distingue materialmente o Direito Privado como aquele que regula os interesses individuais, e o Direito Público como o que protege os interesses coletivos.

Percebe-se na ciência jurídica, que não aconteceu uma evolução linear entre o Direito Público e o Privado. A predominância de um ramo sobre o outro sofreu alternâncias ao longo da história.⁸⁸

Na Era Moderna, o termo social surgiu como noção comum à esfera do governo e da família, e permitiu uma nova oposição que caracterizou o público

⁸⁵ Esse trecho é traduzido por Tércio Sampaio: “ O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 133).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 133-134.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 135-136.

⁸⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

como social e o privado como individual. Como não era possível estabelecer uma separação, pois que a esfera privada também é social, tornou-se necessário um elemento caracterizador novo, o Estado, capaz de fazer a distinção entre o Público e o Privado. O Estado passou a guardar, em relação aos indivíduos, uma relação de soberania e o Direito torna-se comando, relação de poder. Nesses termos, Tércio Sampaio⁸⁹ distingue o Direito Público do Privado como a oposição entre os interesses do Estado e os interesses dos indivíduos.

Com a Revolução Francesa, a burguesia, que se tornava classe dominante, passou a formular os princípios de uma ordem social liberalista, que resguardava os princípios da liberdade, autonomia contratual e igualdade formal. Nessa época, era possível realçar a diferença entre o âmbito das relações econômicas e o âmbito das relações políticas. Isso revelava de forma mais intensa a divisão entre o Direito Público e o Privado. O primeiro era visto como o ramo que regulava o Estado, seu funcionamento e estrutura. O Direito Privado, por sua vez, disciplinava as relações entre particulares, a esfera econômica, sob o prisma da liberdade contratual e da propriedade absoluta.

A liberdade preconizada pela burguesia era indispensável para a manutenção do poder político e, dessa feita, a divisão de poderes seria uma técnica fundamental de proteção dos direitos de liberdade, pois, na primeira fase do constitucionalismo, seria a solução do problema de limitação da soberania. A divisão de poderes, na lição de Paulo Bonavides⁹⁰, era uma técnica do liberalismo por ser acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal.

A liberdade existente no liberalismo era de cunho individualista e conduzia a graves situações de arbítrio. O valor da liberdade promovia a exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a ausência da coação estatal. A economia era regida pelo liberalismo econômico com pouca regulamentação estatal. Sobre este modelo de Estado Liberal e sobre o modo de produção capitalista, a sociedade estava exposta a graves situações de arbítrio, gerando exploração econômica, desigualdades sociais, desemprego, miséria, injustiça.

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 136.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44-46.

Surgem, assim, os códigos, com a pretensão de regular todo o espaço jurídico de uma nação, deixando para trás o pluralismo jurídico que existia até então (legislação régia, direito canônico, direito costumeiro, direito das corporações de ofícios, direito romano e outros). O Direito Privado, em particular, caracterizou-se por estar centrado na propriedade, de caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na igualdade meramente formal e na liberdade e autonomia contratual.

Essa ideologia de completude dos códigos significava que a legislação era supostamente completa, não possuía lacunas, era uma legislação clara, facilmente interpretável, não continha significados ambíguos ou contradições. O juiz seria então um mero aplicador do direito – que já foi elaborado pelo legislador, ao caso concreto.⁹¹

Depois da Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo social e intervencionismo estatal passam a representar o primado do Direito Público sobre o Privado, fruto das concepções do *Welfare State*.

No Século XX, o Estado Social é construído e, apesar de manter as estruturas do sistema capitalista, corresponde a um pensamento constitucional de justiça, liberdade, igualdade e democracia, mais adequado à concretização dos valores contidos nas Declarações de Direitos Fundamentais.⁹²

Com o constitucionalismo social, o Estado passa a regular a ordem econômica e social e a intervir na liberdade econômica, no sentido de promover a igualdade substancial, sem que isso implique em um sacrifício total da autonomia da vontade. A limitação aqui imposta, não se dá apenas em proveito de outros particulares, conforme o regime anterior, mas sim em favor da coletividade.

A concepção do Estado Social de Direito caracteriza-se pelo intervencionismo estatal com fins de solidariedade e justiça social. Esse regime possibilitou o surgimento de novos direitos (direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à cultura, à educação, à seguridade social, ao meio ambiente etc.), direitos

⁹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

esses, distintos dos anteriores direitos de liberdade clássicos (liberdade, igualdade formal e propriedade), pois importam em um comportamento positivo do Estado.⁹³

Inicia-se com isso, um processo de convergência do Direito Público com o Direito Privado, em que o Estado passa a intervir em áreas que estavam sob o arbítrio da vontade dos particulares. Aliado a esse processo, ocorre a constitucionalização de institutos e princípios fundamentais de institutos do Direito Privado como a família, a propriedade e o contrato.

Para Paulo Luiz Netto Lobo⁹⁴, a constitucionalização não deve ser entendida como publicização do direito. A publicização deve ser compreendida como o processo de intervenção estatal, especialmente no âmbito da legislação infraconstitucional, já a constitucionalização tem por finalidade submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

A atuação do Estado, fez prevalecer o interesse coletivo e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana⁹⁵. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido na carta constitucional, gerou a repersonalização⁹⁶ ou a despatrimonialização do Direito Privado. Segundo o ensinamento de Pietro Perlingieri⁹⁷, a despatrimonialização evidencia que operou-se no ordenamento a opção entre o personalismo (superação do individualismo) e o patrimonialismo (superação da patrimonialidade em si mesma), que possibilita promover uma tutela qualitativa de situações patrimoniais, mais adequada aos valores existenciais da pessoa.

Surgem as constituições programáticas, nas quais a obra do legislador é a de regulamentar os postulados constitucionais que revestem o caráter de normas básicas destinadas a ser desdobradas quando são levadas ao campo da prática. Esse sistema constitucional oferece a vantagem de assinalar

⁹³ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 27-28.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 102.

⁹⁶ Para Paulo Luiz Netto Lobo, a repersonalização funda-se na dignidade da pessoa humana e reencontra a trajetória da história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante (*Ibid.*, p. 103).

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.33.

uma estrutura flexível e adaptável com o momento social, filosófico, jurídico e político vivido pela sociedade.⁹⁸

Atualmente, as constituições não são apenas meras exteriorizações políticas, com as declarações de garantia e o mecanismo legal e administrativo do Estado. Elas passaram a incorporar os princípios sobre o regime jurídico do Direito Privado, e estabelecem normas que limitam a esfera de ação e de liberdade dos legisladores. Todos esses princípios e regras típicos do Direito Privado, incluídos no texto constitucional, determinam e direcionam a interpretação das normas infraconstitucionais⁹⁹.

3.1.2 Socialização e Funcionalização do Direito Privado: Migração de institutos

A doutrina individualista, desenvolvida nos princípios formulados no Século XIX, que consagra a autonomia absoluta do homem e considera o indivíduo como única realidade e como único fim, é fissurada diante do princípio de que os interesses sociais constituem o conteúdo do Direito.

A concepção socializadora sofreu importantes influências da doutrina de Léon Duguit, que visava à reconstrução do Direito, porém, ela precisa ser relacionada e adequada com a concepção de função social adotada no momento atual.

Segundo os ensinamentos de Leon Duguit, o sistema jurídico oitocentista, descansa em uma concepção metafísica do Direito, enquanto o sistema jurídico surgido no Século XX tende a se estabelecer sobre a comprovação do fato de que a função social impõe-se aos indivíduos e à coletividade.¹⁰⁰

O direito subjetivo foi a noção fundamental utilizada na base das legislações positivas do Século XIX. Segundo Leon Duguit, essa noção é de ordem

⁹⁸ GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antología Jurídica, 1935, p. 15.

⁹⁹ Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo afirma: “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 100).

¹⁰⁰ DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones Del Derecho: Público y Privado**. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p.174.

metafísica e individualista, e o direito subjetivo pode ser definido como um poder que corresponde a uma vontade de impor-se a uma ou várias vontades, quando se quer uma coisa que não está proibida por lei. Direito subjetivo é o poder que uma pessoa tem de impor, inclusive pela força, a outros indivíduos a sua própria vontade.

Essa noção metafísica do direito, na concepção de Duguit, implica numa hierarquia de vontades, na qual uma pode se impor a outra.¹⁰¹ Assim, o direito objetivo, teria por fundamento o direito subjetivo do indivíduo, impondo ao Estado a obrigação de proteger e garantir os direitos dos indivíduos, e, a cada um a obrigação de respeitar os direitos dos demais. Com isso, o limite da atividade de cada um teria por fundamento e por medida a proteção dos direitos de todos.¹⁰²

Para Duguit, a concepção individualista, do homem natural e independente, que tem por sua qualidade de homem direitos anteriores à sociedade, é uma concepção estranha à realidade. O homem isolado e independente é uma ficção. O homem é um ser social que somente vive se for em sociedade. Sendo assim, todo direito implica numa relação entre sujeitos. Um homem totalmente separado de seus semelhantes não pode ter direitos, ou seja, falar em direitos anteriores à sociedade é falar de nada.¹⁰³

Das lições de Leon Duguit¹⁰⁴, extrai-se que o homem não tem direitos, nem a coletividade os tem, portanto, dizer que é preciso conciliar os direitos dos indivíduos com os direitos da coletividade é, para o autor, falar de coisas que não existem. Todo indivíduo tem certa função na sociedade, tem o direito de praticar atos que promovam a solidariedade social e devem impedir a realização de atos que obstem a realização de seu papel social. O homem em sociedade tem direitos, mas não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem, são poderes que na qualidade de homem social, possuem porque tem um dever social a cumprir. Essa concepção de direito se afasta totalmente do direito individual.

Por uma concepção moderna de liberdade, todo indivíduo tem uma função a satisfazer, e por conseqüência, tem o dever social de desempenhá-la. A

¹⁰¹ *Ibid.*, p.175.

¹⁰² *Ibid.*, p.177.

¹⁰³ *Ibid.*, p.178.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.178-179.

liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua individualidade física, intelectual e moral tão completamente quanto seja possível, para cumprir a função social da melhor maneira e nada pode impedir esse desenvolvimento. Isso porque a atividade individual é elemento essencial para a solidariedade. É a liberdade de cumprir um dever na sociedade. É esse o fundamento social da regra de direito que se impõe a todos, conforme explicado por Duguit.¹⁰⁵

A regra jurídica que se impõe a todos os homens descansa no fundamento da estrutura social, na necessidade de se manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais pelo cumprimento da função social que incumbe a cada indivíduo, em cada grupo. Dessa forma, a concepção socializadora do direito substitui a concepção individualista.¹⁰⁶

Os elementos constitutivos da coesão social residem no que se chama de solidariedade social, que Léon Duguit prefere chamar de interdependência social. A solidariedade social é um fato de ordem real suscetível de demonstração direta: o fato da estrutura social.¹⁰⁷ Qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade está constituída por dois elementos que se encontram sempre em graus diversos, com formas variáveis, entre-mesclados com outros, que representam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos os tempos e povos: a) as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social, cuja satisfação não podem assegurar senão pela vida em comum – esta é a solidariedade por semelhanças; b) a diversidade das necessidades e das atitudes dos homens que pertencem a um mesmo grupo e que podem se ajudar em muitos serviços e assegurar a satisfação de suas necessidades diversas – esta é a solidariedade pela divisão do trabalho.¹⁰⁸

¹⁰⁵ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 25.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.181.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.181.

¹⁰⁸ Esses elementos de coesão social, que demonstram a solidariedade ou interdependência social, conforme as palavras de Leon Duguit, foram explicados por Emile Durkheim, em sua obra “*La división du travail social*” (1893), que determinou a natureza intrínseca da solidariedade social, por duas ormas essenciais: a solidariedade por similitude, também chamada de solidariedade mecânica e a solidariedade por divisão do trabalho, denominada solidariedade orgânica (DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 21).

É a solidariedade que mantém a coesão da sociedade, e esta será mais forte, quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade que unirem seus membros. Com o progresso, a divisão do trabalho aumenta cada vez mais, os homens tornam-se cada vez mais diferentes pelas suas aptidões e necessidades, as trocas de serviços se tornam mais freqüentes e complexas, fortalecendo a coesão social pela solidariedade.¹⁰⁹

Ao considerar que o homem, vive e só pode viver em sociedade, impõe-se a ele uma regra de conduta de que ele nada pode fazer que atente contra a solidariedade social, sob qualquer das suas duas formas e deve fazer tudo capaz de realizar a solidariedade. O direito objetivo, e, portanto a lei positiva deverá ser a expressão, o desenvolvimento e a execução desse princípio, para ser considerada legítima.¹¹⁰

A regra de conduta advinda da solidariedade social é uma regra social, por seu fundamento, e individual, por somente poder estar contida nas consciências individuais. Para Leon Duguit, a regra de conduta somente pode ser imposta a indivíduos, por serem os únicos seres dotados de consciência e vontade. Sendo individual, a regra de conduta também é diversa: apesar de ser a mesma regra para todos os indivíduos, porque impõe a cooperação na solidariedade social, determina, porém, obrigações diferentes, porque as aptidões e condições dos indivíduos numa sociedade são diferentes, devendo, por isso cooperarem de forma diferente na solidariedade social.¹¹¹ Percebe-se com isso uma transição da igualdade formal para a igualdade substancial.

De acordo com essa teoria, a regra de direito também é mutável. Não poderá ser considerada ideal e absoluta, porque as próprias formas que revestem a solidariedade estão submetidas a mudanças, a evoluções. O papel do magistrado, nessa nova concepção consiste em determinar qual regra de direito se adapta à estrutura da sociedade em cada momento histórico. Observa-se também uma transformação em relação ao regime anterior, que pretendia a formulação de leis absolutas que fossem capazes de regular a sociedade de forma completa, cabendo ao julgador a mera tarefa de subsunção do fato à norma.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 24.

A concepção de Duguit acerca da socialização do direito precisa ser analisada com cautela. A sua tese de inexistência de direitos subjetivos e individuais e de que na verdade o direito se constitui em um dever do indivíduo de praticar atos que promovam a solidariedade social e devem impedir a realização de atos que obstem a realização de seu papel social, pode ser considerada por demais acentuada, por não representar fielmente a transformação que o Direito Privado vem sofrendo. Contudo, sua teoria não pode ser olvidada, inicialmente por revelar as contradições e as incoerências do Direito Privado oitocentista e também por revelar os fundamentos da função que os indivíduos têm na promoção da solidariedade social.

Pietro Perlingieri, diferentemente de León Duguit, considera que o direito subjetivo faz parte do conceito geral de situação jurídica: “a eficácia de um fato com referência a um centro de interesses, que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações subjetivas¹¹² juridicamente relevantes”. Quando se verifica a realização de um fato concreto previsto numa *fattispecie* abstrata, produz-se o efeito e o interesse previsto na norma se transforma no interesse do destinatário.¹¹³

Duas definições de direito subjetivo são contrapostas: o direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido. Pela primeira concepção, de cunho liberalista e individualista, o direito subjetivo é um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico a um sujeito para a efetivação de um interesse próprio. Pela concepção moderna, percebe-se que as situações favoráveis não são consideradas isoladamente, pois a atribuição de direitos é acompanhada por deveres e obrigações – ao direito se acompanha um ônus ou obrigações de atuar de determinada forma.¹¹⁴

¹¹² As situações jurídicas subjetivas são consideradas sob diversos perfis: a) perfil do efeito: a situação jurídica se origina de um fato juridicamente relevante; b) perfil do interesse: a situação jurídica é um interesse que constitui seu núcleo vital e característico; c) perfil dinâmico: os comportamentos constituem o perfil dinâmico da situação subjetiva – o interesse reconhecido a uma pessoa traduz-se em comportamento no momento do seu exercício; d) perfil do exercício: para o exercício de uma situação é preciso a manifestação de vontade de um sujeito; e) perfil funcional: a situação jurídica possui uma função no âmbito das relações sócio-jurídicas; o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também à coletividade (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.106-107).

¹¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.105-106.

¹¹⁴ *Ibid.*, p.120.

Esse dever ou obrigação do sujeito titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos a outros sujeitos encontra-se em consonância com o princípio da solidariedade política, econômica e social. Isso reflete sobre o direito subjetivo, pois em vez de significar a expressão de um poder arbitrário, determina sua funcionalização e socialização.¹¹⁵

A solidariedade social causou transformações no sistema privado em seus elementos essenciais: o individualismo cede diante dos princípios que implantam a corrente socializadora; na ordem dos direitos pessoais, a autonomia da vontade se limita; nos direitos reais, a propriedade absoluta em uso, gozo e disposição se transforma no conceito de que a propriedade exerce uma função social; no direito obrigacional, o contrato passa a ser interpretado a partir de princípios éticos e a responsabilidade subjetiva se organiza ao lado da responsabilidade objetiva.

A socialização se produz por um intervencionismo estatal em questões que a teoria anterior destinava exclusivamente ao indivíduo, em sua ampla autonomia. Essa liberdade, fundada no individualismo, levava a sociedade a suportar situações injustas, opressivas e desiguais.

Pietro Perlingieri explica que a solidariedade surge como uma forma de reconstruir o valor da pessoa, de possibilitar o seu pleno desenvolvimento e, portanto de sua “igual dignidade social”. Igual dignidade social corresponde, para o autor, a um instrumento que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”.¹¹⁶

Partindo desse princípio, a tutela da personalidade não poderá ser orientada apenas para a defesa dos direitos meramente individuais, inerente ao interesse exclusivo do sujeito, mas sim, aos direitos individuais sociais, que constituem o pressuposto e o fundamento da solidariedade. Estes direitos devem

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 121.

¹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

ser entendidos como pertencentes aos indivíduos inseridos na comunidade em que vivem.¹¹⁷

A doutrina da função social surge com o intuito de limitar os institutos de conformação nitidamente individualista e de redefinir outros princípios do direito privado, que afetam equilíbrio social e o interesse coletivo. A função social busca conferir aos sujeitos não só uma igualdade em seu aspecto formal, mas uma igualdade substancial que possa corrigir as distorções sociais.

Com clareza, a Constituição Federal Italiana em seu art. 3º estabelece uma distinção entre a igualdade formal e a igualdade substancial¹¹⁸. Pela igualdade formal, os cidadãos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas e de condições pessoais e sociais. Sendo assim, pela igualdade substancial é dever do Estado remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

No ordenamento jurídico brasileiro, o processo de elaboração do Código Civil de 2002, coordenado por Miguel Reale, estabeleceu dentre outras diretrizes, a modificação do princípio básico do individualismo, que marcou o Código de 1916, pelo princípio da socialidade e da eticidade. Gerson Branco assinalou que o significado da socialização dos modelos jurídicos “é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹¹⁸ “Art. 3. *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*”

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. (SENATO DELLA REPUBBLICA. Senado da República Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 04 nov.2008.)

Tradução livre: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais.

É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional ‘o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador’.¹¹⁹

O bem estar coletivo e, portanto, o bem estar individual, é o propósito que persegue a socialização do direito, que encontra na lei o meio eficaz para anular as diferenças biológicas e econômicas dos indivíduos e para restabelecer o princípio da igualdade substancial, que agora funciona com um conteúdo de origem social, destinado a assegurar uma existência digna do homem.¹²⁰

O poder estatal, através da lei, regula as atividades privadas, conformando-as com a função social e harmonizadora que corresponde a cada indivíduo. A função social atua, num ordenamento jurídico, como cláusula geral aberta a significações em virtude de sua imprecisão.

3.2 SISTEMAS JURÍDICOS E CLÁUSULAS GERAIS

Essa transformação, que atinge atualmente o Direito Privado, é definida como momentos de um processo em que a cultura jurídica abandona um paradigma do sistema fechado, como um sistema que se auto referencia – e começa a se direcionar em torno de outro paradigma o de sistema aberto ou sistema de auto-referência relativa.¹²¹

O enfrentamento dessa evolução se demonstra importante quando se percebe que somente em um sistema que se permita captar aquilo que está às suas margens, é possível verificar a adequada aplicação da função social.

3.2.1 Sistemas de Direito: do sistema fechado ao sistema aberto

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo. Saraiva: 2002, p. 49.

¹²⁰ GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antologia Jurídica, 1935, p. 19-20.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 275.

A definição do termo sistema¹²² é importante para alcançar um entendimento da “reconstrução do direito privado”, a partir evolução de um sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto.

Sistema é um vocábulo polissêmico e, mesmo na ciência jurídica essa característica não é afastada. Partindo das várias noções sobre sistema, é possível verificar que existe um consenso na sua remissão às idéias de reunião, conjunto, ordenação, coerência e unidade. No sentido de reunião, sistema indica um conjunto de elementos ligados por relações específicas e não meramente justapostos, determinando assim, uma forma de ordenação a partir de laços de interdependência. A noção de sistema como método de organização também implica na acepção de unidade, porque a interação entre os elementos do conjunto decorre de uma identidade interna.

Claus-Wilhelm Canaris defende que o papel do conceito de sistema é o de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”¹²³. Dessa forma, aborda o conceito de sistema sob duas óticas como: aquele que não se justifica a partir das idéias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica e o outro que se desenvolve a partir dessas idéias.

Dentre os conceitos de sistema que não se justificam a partir das idéias de adequação valorativa e unidade interna, Claus-Wilhelm Canaris¹²⁴ explica o sistema “externo”, o sistema de puros conceitos fundamentais e o sistema lógico

¹²² Claus Wilhelm Canaris ao analisar a função da idéia de sistema na ciência do direito, apresentou alguns conceitos gerais e filosóficos de sistema, que pode-se evidenciar: Kant define sistema como “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”; Eisler conceitua sistema objetivo como “um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo” e o sistema lógico como “uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos”; para Savigny “sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”; segundo Binder “um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários”; de acordo com Coing “uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” (CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 9-11).

¹²³ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 23.

¹²⁴ *Ibid.*, 2002.

formal, que se conformam com o conceito de sistema fechado, ou no dizer de Judith Martins-Costa, “um sistema que se auto-referencia de modo absoluto”¹²⁵.

O sistema “externo” não objetiva, fundamentalmente, revelar a unidade de sentido interior do Direito. Apenas é vocacionado a um agrupamento da sua matéria e à apresentação mais clara e aparente possível de sua estrutura¹²⁶. Busca-se nesse sistema, um complexo de idéias sob as quais se possam organizar a matéria jurídica. Sistematizar, aqui, é transformar o que está disperso em um conjunto de elementos organizados. Este não representa o conceito de sistema adequado para o tratamento e aplicação da função social, mas é importante no sentido de que revela o direito como um conjunto, bem como favorece a segurança jurídica, diante da previsibilidade da decisão.

Essa noção clássica de sistema de um conjunto de elementos materiais ou ideais que se apresentam como partes relacionadas com um todo já traz a característica de algo fechado.

No sistema de puros conceitos fundamentais, as categorias puramente formais estão subtendidas em toda e qualquer ordem jurídica. Esse caráter puramente formal foi importante para a delimitação do objeto da ciência jurídica¹²⁷, no entanto é imprópria para demonstrar a unidade interior do sistema, porque a unidade valorativa é de natureza material e construída historicamente.

Nesse sistema existe uma pretensão de plenitude das leis, sistematizadas em um código, primando-se pela segurança jurídica, que decorre de uma identificação entre o direito e a lei, e que resulta em uma interpretação estática e linear. Essa unidade legislativa ocasionou a criação de códigos fechados, plenos, totais, harmônicos e auto-referentes, cuja interpretação deveria se pautar sempre em critérios objetivos e formais.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 42-43.

¹²⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *op. cit.*, p. 26.

¹²⁷ Hans Kelsen foi um dos desenvolvedores dessa noção de sistema. Para ele, o ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas que tem como elemento unificador uma norma fundamental. Na norma fundamental é encontrado o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Somente através da norma fundamental, poderá o material empírico ser interpretado como direito, ou um sistema de normas jurídicas. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 4. ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95-97.

Os códigos nessa época eram a representação máxima do sistema fechado, supondo uma sociedade unitária e formalmente igualitária, na qual bastava a perspectiva de totalidade e plenitude que adotaram para a regulação de seus interesses naquele momento histórico.

O sistema lógico-formal foi caracterizado por Max Weber, que definiu a sistematização como a conexão das proposições jurídicas, obtidas por análise, capaz de formar um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições e sem lacunas, no qual todos os fatos pudessem se subsumir em uma de suas normas.¹²⁸ Essa concepção que manifesta o conceito positivista de ciência e foi influenciada pelo domínio das ciências naturais, encontra-se ultrapassada. A caracterização de um sistema como lógico-formal ou axiomático-dedutivo¹²⁹, não é capaz de demonstrar a unidade interna do sentido do Direito.

É sob esse ideário que o Direito se constituiu num sistema que se fecha em si mesmo. As supostas lacunas seriam resolvidas com base na própria hierarquia lógica do sistema, de modo a preservar os limites legais.

Esse pensamento positivista, fruto da ideologia burguesa, buscou afastar a insegurança das relações sociais através de um “sistema de direito” que tornasse possível maior previsibilidade e segurança, enfraquecendo a interferência das classes dominantes (nobreza e clero) nas decisões judiciais. Neste sistema fechado, o julgador tinha pouca liberdade de decisão, e limitava-se ao disposto na lei. Admitia-se a possibilidade de decidir todas as situações da vida real a partir da operação lógica da subsunção do fato à norma.

Com isso, é possível verificar que, no sistema fechado, a técnica interpretativa é a subsunção, na qual somente a obtenção das premissas já é decisiva para a aplicação do direito, a conclusão se apresenta de forma automática. Este sistema é construído a partir de contornos definitivos, pautado no dogma da completude, onde as contradições e as lacunas não são admitidas. O formalismo apresentado, não é mais capaz de contemplar o fenômeno jurídico, pelo menos em toda a sua complexidade e extensão.

¹²⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 29.

¹²⁹ O sistema axiomático-dedutivo subtende que a validade das regras dentro de um âmbito material são deduzidas de axiomas, através de um processo puramente lógico-formal. Essa formação de sistema determina a ausência de contradições, de lacunas e a completude do ordenamento.

Canaris já acentuava que o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, devendo ser afastado qualquer conceito que não ilustre esse papel. O sistema passa a ser definido como “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”¹³⁰. Percebe-se, com isso, a inadequação do conceito de sistema fechado, bastante em si mesmo, repleto de categorias lógico-formais, que não se comunica com as mudanças determinadas historicamente.

As transformações sociais ocorrem e não são mais acomodadas pela incompletude dos códigos, abrindo espaço para as legislações especiais e extravagantes. O atendimento das necessidades dessa nova sociedade que se apresenta requer um paradigma legislativo aberto, com a sua formulação legal pautada em termos imprecisos e indeterminados, permitindo aos juristas na aplicação do direito, buscar a precisão requerida em conceitos extrajurídicos, fornecidos por outras áreas do conhecimento.

A concepção de um sistema aberto gera o questionamento acerca do elemento que irá proporcionar a sua coesão, ordenação e unidade. Nesse sentido, os princípios abstratos e gerais garantem que a ordem no direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares e desconexos, demonstrando uma característica fundamental que é a unidade.

Num sistema axiológico ou teleológico de princípios gerais é preciso definir os princípios sistematizadores¹³¹, portadores de unidade, que irão conformar as normas, os conceitos, os institutos jurídicos e os valores. Ao abordar o sistema como um conjunto unitário formado sob uma idéia de diferentes conhecimentos, busca-se a relação interna que faz a conexão de todos os institutos jurídicos,

¹³⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 77-78.

¹³¹ A definição desses princípios deve considerar as seguintes características: 1) os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si; 2) os princípios não têm a pretensão de exclusividade; 3) os princípios ostentam em seu sentido próprio uma combinação de complementação e restrição recíprocas; 4) os princípios precisam para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores.

estando sempre presentes os elementos do ordenamento e da unidade como indissociáveis.

Esse novo paradigma revela um mundo que reside não somente na multiplicidade dos textos legais, mas também na impossibilidade de manter a unidade lógica do sistema.¹³²

A unidade valorativa que se apresenta na definição do sistema é sempre material e historicamente determinada, o que somente se admite se o sistema permitir interferências externas, onde o intérprete irá assumir o papel de torná-lo um corpo dinâmico, afastando as antinomias axiológicas.

Com a capacidade para acolher as situações que a experiência social apresenta para uma regulação adequada, o sistema aberto possibilita a formação de modelos jurídicos abertos e flexíveis. O próprio sistema positivo apresenta meios de se alcançar uma renovação, solucionando os novos problemas que possam surgir, promovendo sua sistematização.

Um sistema aberto é consentâneo a atual fase de desenvolvimento capitalista, especialmente no Direito de Empresa, área em que a produção jurídica extra-legislativa se mostra de forma mais patente.

Representado por um direito flexível e adaptável às mudanças sociais e econômicas, o sistema aberto é capaz de adequar o ordenamento jurídico às necessidades da sociedade, proporcionando-lhe relações ao mesmo tempo seguras e justas. Esse sistema caracteriza-se como aberto em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas. Dessa forma, os operadores do Direito passam a ter um papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas.

3.2.2 Cláusulas gerais

Com a formulação do novo modelo de sistema jurídico, observa-se nos códigos mais recentes e nas leis especiais, tipos de normas que diferenciam do padrão tradicional. Normas que estabelecem a formulação da hipótese legal através da utilização de conceitos cujos termos têm significados imprecisos e

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 276.

abertos, ou possuem um enunciado intencionalmente vago. Logo, elas permitem uma amplitude de sua formulação e a integração de valores, princípios, diretrizes, bem como máximas de conduta originalmente estranhas ao corpo legal.

Essas normas são as cláusulas gerais, as quais representam uma técnica legislativa capaz de permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, de *standards*, direitos e deveres configurados segundo os usos, de máximas de conduta e de diretivas econômicas, sociais e políticas. Isso torna possível a sistematização e permanente ressystematização das normas no ordenamento positivo.¹³³ As cláusulas gerais transformam as leis em pontos de partida para a formação concreta e desenvolvimento do Direito e servem como instrumentos de efetivação dos princípios.

Karl Engisch define cláusulas gerais como “uma formulação da hipótese legal que em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”¹³⁴. É uma técnica que permite deter um grande número de casos, na qual as suas características específicas são elaboradas jurisprudencialmente.

Judith Martins-Costa¹³⁵ organiza as cláusulas gerais em três tipos: 1) de tipo restritivo, delimitando ou restringindo uma série de permissões singulares derivadas de regras ou princípios jurídicos, como é caso da função social do contrato, a qual restringe as regras contratuais ou legais que têm sua origem no princípio da liberdade contratual; 2) de tipo regulativo, que regula através de um princípio uma multiplicidade de casos, não casuisticamente previstos em lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; 3) e de tipo extensivo, que serve para ampliar determinada regra jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, princípios e regras próprios de outros textos normativos, como ocorre com a Constituição Federal, que assegura a seus destinatários a tutela prevista em acordos internacionais e na legislação ordinária.

Da análise desses tipos, pode-se verificar que as cláusulas gerais geram uma constante formação de novas normas na sua aplicação ao caso

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 274.

¹³⁴ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.229.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 295.

concreto, pois elas buscam a formulação da hipótese legal a partir da aplicação de conceitos cujos termos têm significação vaga e aberta. Por isso elas assumem, conforme seja o ponto de análise utilizado, uma significação diversa.

Uma das formas de caracterizar as cláusulas gerais é demonstrar sua contraposição em relação à casuística. Nas normas elaboradas casuisticamente, o legislador determina, do modo mais completo, os critérios para aplicar o texto legislativo aos fatos ou condutas normatizadas. Esta técnica legislativa possibilita que o interprete aplique a norma por um mero processo de subsunção. Este caráter de tipicidade caracteriza um fator de rigidez, muito presente nos sistemas fechados, de caráter positivista.

As cláusulas gerais, por outro lado, apresentam a vantagem da mobilidade, possibilitada pela imprecisão intencional dos termos da *fattispecie*¹³⁶ que contém, e permitem que as soluções aos novos problemas surgidos na sociedade possam ser construídas progressivamente pelo órgão julgador. Os conteúdos indeterminados presentes nessas cláusulas são preenchidos com os valores dominantes no espaço e no tempo e os princípios jurídicos que funcionam como critério orientador no ordenamento jurídico.

As cláusulas gerais são, portanto, normas cuja vagueza de sentido assume um papel de integração e sistematização das demais normas. São elas modificativas da forma de tratamento da matéria que regulam e somente a aplicação pela jurisprudência indicará quais cláusulas serão utilizadas com as características e função para as quais foi criada.

Em relação à estrutura, é possível analisar as cláusulas gerais sob duas perspectivas. Pela primeira, as normas contidas em cláusulas gerais, determinariam o mesmo processo de pensamento utilizado pelos conceitos jurídicos indeterminados, normativos e discricionários, podendo ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa que não descreve um único caso, mas sim uma generalidade de casos definidos mediante determinada categoria aferida através da referência a um padrão de conduta ou um

¹³⁶ O termo *fattispecie* é definido por Maria Helena Diniz como “situação fática prevista *in abstracto* numa norma, cuja verificação concreta acarreta a produção dos efeitos jurídicos estatuídos naquele comando normativo” (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.523).

valor juridicamente aceito.¹³⁷ Por outra perspectiva, as cláusulas gerais constituem normas parcialmente em branco, que são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de forma que a sua concretização é direcionada ao aplicador da lei, o qual é levado a formar normas de decisão, vinculadas a efetivação de um valor, de uma diretiva ou um padrão social.¹³⁸

As legislações da atualidade têm sido pontuadas com cláusulas gerais, estabelecendo conceitos integradores de compreensão ética, como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, dentre outros conceitos.¹³⁹

A utilização constante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados exige uma atividade valorativa do juiz para a esmerada aplicação da regra. Dessa forma, a boa-fé e equidade e os bons costumes, presentes no ordenamento legal, conferem maior poder ao juiz para que seja encontrada a solução mais equitativa.

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se mencionar como exemplos de cláusulas gerais: o princípio da boa-fé objetiva e da proibidade (art. 422, CC/02), a função social do contrato (art. 421, CC/02), a função social da propriedade (art. 170, II, CF/88) e função social da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/2005). Essa grande modificação na linguagem de diversas leis exige o reconhecimento da doutrina e da jurisprudência das potencialidades das cláusulas gerais, que foram inseridas no texto legal para disciplinar as matérias mais importantes e gerais.

Dessa forma, por meio da cláusula geral, as leis são criadas com maior amplitude possibilitando ao aplicador a utilização de conceitos metajurídicos, multissignificativos, objetivando soluções mais justas ao caso concreto. Elas constituem pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade.

Embora sejam as cláusulas gerais, um instrumento mais adequado às constantes transformações sociais, elas possuem a desvantagem de causar certa

¹³⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.232-233.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 330.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 20.

incerteza sobre o efetivo alcance de seus contornos. Neste ponto, a atuação do julgador é ampliada, devendo este estabelecer interpretações mais justas ao caso concreto, sempre adaptando a norma às exigências sociais. Assim, não basta que a lei disponha de determinada forma, é indispensável que os juristas estejam abertos e tenham consciência de sua função na construção da normatividade.¹⁴⁰

Diante do que foi exposto, a conclusão a que se chega é que a expressão função social só pode ser compreendida a partir da noção de sistema aberto e de cláusulas gerais, instrumentos adequados à dinamicidade das relações sociais.

3.3 FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL E PRIVADO

Diversos fenômenos ocorridos no Direito Privado, como a constitucionalização, a socialização e funcionalização do direito, o novo pensamento sistemático e o surgimento de microsistemas legislativos tiveram significativa influência no âmbito da construção e efetivação da função social das relações privadas. Teorias que antes pregavam o total abstencionismo estatal frente à ordem econômica passaram a ser superadas e o Estado passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas funções da vida social.

3.3.1 Conceito e natureza jurídica

A palavra função origina-se do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), denotando exercício, cumprimento, execução de determinada tarefa. O substantivo *functio*, é derivado do verbo *fungor* (*funtus sum, fungi*), cujo significado principal é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa. O termo função é utilizado no direito, para indicar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe um conjunto estruturado de normas.¹⁴¹

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo. Saraiva: 2002, p. 57.

¹⁴¹ COMPARATO. Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 732, out. de 1996, p. 40.

Fabio Konder Comparato ensina que na análise do conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, verifica-se que o objetivo perseguido pelo agente é o interesse alheio, e não o do próprio titular do poder. O exercício de uma atividade é um poder-dever, na acepção positiva de algo que deve ser feito ou cumprido.¹⁴²

Pietro Perligieri explica que ao se atribuir uma função social a uma situação jurídica o interesse é tutelado enquanto não atende somente ao interesse do titular, mas também ao interesse da coletividade. Nesse sentido, o interesse dá lugar a uma situação jurídica complexa, formada de poderes, deveres, obrigações e ônus.¹⁴³

No magistério de Cavallazzi Filho¹⁴⁴ o termo função representa um efeito a ser atingido por determinado instituto jurídico. Dessa forma, constata-se que a função de determinados institutos jurídicos antes impregnados por um ideal exclusivamente individualista, passa à esfera do social para garantir a satisfação da coletividade.

A função social tem como elemento presente a idéia de um poder que não se exerce somente no interesse particular, mas também em prol da coletividade. De acordo com Eduardo Sens dos Santos¹⁴⁵, a expressão função social atende sempre a exigências ético-sociais, agregando valores, princípios e regras de conduta confirmadas pela sociedade em determinada época.

A evolução do pensamento jurídico de consagração da preponderância dos interesses coletivos sobre os individuais foi analisada por Orlando Gomes quando afirmou que o Direito não deve ser mero instrumento de garantia dos interesses individuais, pois o interesse geral da coletividade deve ser preservado, sem que se imponha o sacrifício dos interesses individuais. Aquele autor aduz ainda que a conciliação entre essas duas ordens de interesses possibilita a preservação da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶

¹⁴² *Ibid.*, p. 41.

¹⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.

¹⁴⁴ CAVALLAZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.102-103.

¹⁴⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 129.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.73.

A concepção da função social como um princípio jurídico deu início a uma discussão da possibilidade de coexistir prerrogativas que caracterizem os direitos individuais subjetivos com deveres positivos em favor da coletividade. O desenvolvimento de uma teoria sobre a função social foi um desdobramento, portanto, da discussão sobre a solidariedade social.

A função social possui natureza de princípio que é expresso por uma cláusula geral. Por ser representada por uma cláusula geral possui a característica de ser multissignificativa, imprecisa semanticamente, e somente obtém seu enunciado preciso quando aplicada a determinado caso concreto.

Algumas características que os princípios expressam foram apresentadas por Canaris¹⁴⁷ e podem ser relacionadas com o princípio da função social. A primeira delas é que “os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si”¹⁴⁸. A segunda característica é que “os princípios não têm pretensão de exclusividade”¹⁴⁹, assim, uma mesma consequência jurídica pode se conectar a mais de um princípio. A terceira significa que “os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas”¹⁵⁰, ou seja, o entendimento de um princípio é sempre o dos seus limites, permitindo que haja a ponderação entre mais de um deles. A última característica apresentada é a que “os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de sub-princípios e de valorações singulares com o conteúdo material próprio”¹⁵¹.

Judith Martins Costa explica que a equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre da polissemia que atinge o termo “princípio”. As cláusulas gerais não são princípios, embora possa contê-los em seu enunciado ou permitir a sua formulação.¹⁵²

Alguns elementos são capazes de distinguir as cláusulas gerais dos princípios: a) os princípios podem ser expressos ou inexpressos, as cláusulas

¹⁴⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88.

¹⁴⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 90.

¹⁵⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 96.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 315-316.

gerais são sempre expressas, estão sempre formuladas nas leis; b) não se pode pensar em cláusula geral que não gere o reenvio a outros espaços do ordenamento, a *standards*, ou a valores sistemáticos ou extrasistemáticos, contudo alguns princípios podem não ser dotados de vagueza e não promoverem o mencionado reenvio; c) nem sempre as cláusulas gerais contêm princípios, como é o caso do art. 7º¹⁵³ do CDC.¹⁵⁴

A identificação do princípio com a cláusula geral deriva do fato de que a norma que configura a cláusula geral contém um princípio e neste caso a norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral.

3.3.2 Função social nas Cartas Constitucionais

No capitalismo avançado, pós Segunda Guerra, o Estado interfere na economia para garantir as condições de competição, limitando a produção capitalista. Juergen Habermas¹⁵⁵ defende que no capitalismo liberal, as funções estatais suplementares, não sujeitas aos mecanismos de mercado, tornaram possível a dominação não política do capitalista através da apropriação privada da mais valia produzida socialmente e a formação do capital a partir de uma competição ilimitada. Porém, os fundamentos sociais da produção dessa mais valia e as condições garantidoras de competição, não podem ser reproduzidos tão somente por meios capitalistas, mas requerem um Estado que confronte capitalistas individuais com não capitalistas, com o objetivo de efetivar uma “vontade coletiva-capitalista”. Com esta atuação, o Estado acaba limitando a produção, e cria condições de manutenção do sistema capitalista.

A intervenção estatal assegura as condições gerais de produção e é demonstrada pela criação de condições para utilizar o capital e melhorar seu valor de usos, pela redução das conseqüências negativas da produção capitalista, pelo

¹⁵³ CDC, Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 323-324.

¹⁵⁵ HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 69-70.

ajuste das desproporcionalidades que restringem o crescimento, e pela regulação do ciclo econômico geral através de política social, fiscal e conjuntural.

Essa intervenção estatal na tentativa de equilibrar as relações socioeconômicas gerou a funcionalização dos institutos jurídicos, bem como o dirigismo econômico e social, com repercussão direta no contrato e na propriedade, limitando a autonomia privada a partir do fundamento da supremacia do interesse coletivo. O dirigismo integra o fenômeno da publicização¹⁵⁶ ou socialização do direito privado, tendo em vista a maior penetração do direito público no campo privado.

A norma constitucional, frente ao intenso desgaste dos princípios individualistas e liberalistas presentes na legislação infraconstitucional, assumiu um papel reunificador do sistema passando a delimitar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, etc. Dessa forma, os institutos de direito privado ganharam uma regulamentação fundamental em sede constitucional.

A Constituição Brasileira de 1824 (período imperial) e a Constituição republicana de 1891 não faziam qualquer menção ou traziam qualquer aspecto relacionado à função social, isso porque, até esse momento, a sociedade brasileira tinha uma economia eminentemente agrícola, e a constitucionalização dos direitos relacionados à propriedade, não interessava à classe política dominante. Contudo, as Constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1988 se referem à função do Estado na ordem econômica e social, por força, inicialmente, da influência da Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919).

A Constituição de 1934, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, aludiu à noção de função social ao determinar que a propriedade não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo, sendo possível a desapropriação por necessidade ou utilidade pública¹⁵⁷.

¹⁵⁶ A publicização para Paulo Luiz Netto Lôbo significa o processo de crescente intervenção estatal, notadamente na esfera legislativa. Com isso, ocorre a diminuição do espaço da autonomia privada para a garantia da proteção jurídica dos mais fracos. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 100).

¹⁵⁷ Essa alusão à função social pode ser verificada no seguinte dispositivo da Constituição de 1934: "Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou

A Constituição de 1937, outorgada em regime ditatorial, atribuiu à lei ordinária a imposição de limites ao direito de propriedade, com a ressalva da desapropriação por necessidade ou utilidade pública¹⁵⁸. Esse tratamento representou uma involução do instituto da função social.

A Constituição de 1946 estabeleceu o exercício do direito à propriedade como uma expressão do bem estar social, promovendo a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos. Estabeleceu também a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, espelhando assim a função social da propriedade.¹⁵⁹

A função social, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969, foi consagrada de maneira mais ampla, como determinante de toda ordem econômica e social.¹⁶⁰

A Constituição Federal atual, não somente trata da organização do Estado, mas também regulamenta matérias de direito privado. Ela consagra o princípio da função social no capítulo destinado aos direitos fundamentais, bem como em dispositivos reguladores da ordem econômica e social. Essa intervenção busca garantir a justiça social.

utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

¹⁵⁸ Constituição Federal de 1937 – “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;”

¹⁵⁹ “Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

¹⁶⁰ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;[...]”

Os incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, elevam à condição de fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹⁶¹.

Percebe-se no art. 3º a forma como a solidariedade social permeia a ordem jurídica constitucional ao se estabelecer como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁶²

O art.5º, incisos XXII a XXVI da Constituição Federal¹⁶³ retratam expressamente a solidariedade social, impondo à propriedade uma função social. Isso revela que o conteúdo da propriedade privada é a função social, e não merece proteção a propriedade que não a atender. Além da propriedade, outros institutos jurídicos, como a posse, o contrato, a empresa e a família revelam a possibilidade de funcionalização, de acordo com os interesses coletivos e o princípio da socialidade.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, segundo o art. 170, da mesma Constituição também são considerados fundamentos da ordem econômica e têm o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim

¹⁶¹ “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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”

¹⁶² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁶³ “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; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento[...].”

de fazer prevalecer os valores sociais. De acordo com aquele artigo¹⁶⁴, a ordem econômica tem o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados.

A partir da ampla abordagem da solidariedade social trazida pela Constituição Federal de 1988, o constituinte concedeu proteção e respaldo para o desenvolvimento da função social em medidas legislativas e judiciais, que antes se fundavam apenas em debates doutrinários. Dessa feita, é possível experienciar uma vultosa modificação na estrutura, noção e função de diversos institutos de direito privado.

3.3.3 Função social no Direito Privado

Além da previsão constitucional da função social, observa-se que a legislação infraconstitucional vem acompanhando a tendência da funcionalização dos institutos jurídicos, como a propriedade, o contrato e a empresa.

3.3.3.1 Função Social da Propriedade

A função social da propriedade no direito privado evoluiu a partir de uma mudança principiológica, que afastou o individualismo e cedeu lugar à solidariedade social. O conceito de propriedade privada como um direito subjetivo absoluto foi dando espaço à concepção da função social da propriedade, aproximando a esfera individual da coletiva.

A propriedade é definida por Orlando Gomes¹⁶⁵ como um direito complexo que pode ser conceituado a partir de vários critérios, e nenhum deles isoladamente revela a noção suficientemente clara de propriedade, por isso devem ser analisados em conjunto. A complexidade do direito de propriedade deriva de um

¹⁶⁴ “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; 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”.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97.

feixe de direitos consolidados nas faculdades de usar, gozar, dispor, reivindicar e até não usar a coisa que lhe serve de objeto. É considerado um direito absoluto porque é oponível a todos¹⁶⁶, é um direito através do qual uma coisa submete-se às vontades de uma pessoa, de forma absoluta, perpétua e exclusiva, de acordo com as limitações da lei.

Essas características individualistas e absolutas do direito à propriedade foram sofrendo alterações com a doutrina da função social¹⁶⁷. Enrique Díaz de Guijarro¹⁶⁸ a partir da análise de diversas constituições estrangeiras, explica essas alterações afirmando que a propriedade como função social, afastada da influência individualista que a caracterizou como o direito mais absoluto, leva a admitir: que a propriedade obriga (Constituição Alemã¹⁶⁹); que deve se subordinar a utilidade social e aos interesses da economia nacional (Constituição Espanhola¹⁷⁰ e a Constituição Peruana¹⁷¹); que seu exercício seja sujeito de regulamentação, com a faculdade de determinar quem pode ser titular desse direito (Constituição do México, Espanha, Perú, dentre outras).

Segundo Leon Duguit, a propriedade é uma instituição jurídica formada para atender uma necessidade econômica, mas, com a evolução dessa

¹⁶⁶ A oponibilidade *erga omnes* revela que não é possível encontrar um sujeito determinado relacionado ao sujeito titular de uma situação subjetiva ativa, mas somente a coletividade. Essa coletividade deverá respeitar a situação jurídica do titular do direito subjetivo de não interferir na esfera de direitos do titular. Configura-se um dever geral de abstenção (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 221).

¹⁶⁷ A doutrina da função social da propriedade passou a fazer parte do direito Positivo com a promulgação da Constituição Republicana Alemã (Constituição de Weimar), em 1919. O art. 153 dessa constituição, reproduzido na Constituição Alemã de 1949 previa o seguinte: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade” (COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996, p. 75).

¹⁶⁸ GUIJARRO, Enrique Díaz. **Transformaciones Modernas del Derecho Civil**. Buenos Aires: Antología Jurídica, 1935, p. 35.

¹⁶⁹Constituição Alemã (1949). Artikel 14 - Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (Disponível em: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 16 nov. 2008).

¹⁷⁰ Constituição espanhola (1978). Artículo 128. 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. (Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/consti09.html>>. Acesso em: 16 nov. 2008).

¹⁷¹ Constituição peruana (1993). Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que El Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. (Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2008).

instituição percebe-se uma interdependência cada vez maior com os diferentes elementos sociais e ela deixa de ser um direito do indivíduo para se converter em uma função social¹⁷². De acordo com esse autor, o conteúdo da propriedade-função se expressa de forma harmônica a partir de duas proposições. Pela primeira, o proprietário tem o dever e o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais, no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Pela segunda proposição o proprietário tem o dever e o poder de empregar sua coisa na satisfação de necessidades comuns de uma coletividade¹⁷³. Essa noção de propriedade função não prevaleceu, pois se considera que a propriedade tem uma função, mas não confunde com ela.

Dessa forma, a ordem jurídica garante o direito à propriedade individual, que deve ser exercido dentro de certos limites, tendo em vista um interesse geral e dando uma destinação que se adequa à função social. Com isso, o indivíduo recebe o direito à propriedade na medida em que respeite a sua função social. Se o proprietário não realiza essa função, deixa de ser merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico. Esse entendimento revela que a atribuição do direito é condicionada a realização de funções em benefício da coletividade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 inseriu a função social da propriedade, em diversos dispositivos, como por exemplo, no § 1º do art. 1.228¹⁷⁴, que traduz uma cláusula geral limitativa, por restringir os direitos inerentes ao proprietário, e também extensiva, por projetar a utilização da propriedade ao que for estabelecido em lei especial, permitindo levar ao julgador toda a legislação multidisciplinar, numa verdadeira interação sistemática. A resolução do caso concreto será buscada não somente no corpo do código civil, mas será complementada de acordo com os dispositivos de outra legislação que também aborde a função da propriedade.¹⁷⁵

¹⁷² DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones Del Derecho**: Público y Privado. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p.235-236.

¹⁷³ *Ibid.*, p.242-243.

¹⁷⁴ CC/2002, "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.

§ 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."

¹⁷⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado**: no atual momento histórico. São Paulo: RT, 2006, p.392-393.

A restrição presente no § 1º do art. 1.228 deve ser interpretada de acordo com o parágrafo único do art. 2.035, que estabelece que a convenção entre particulares não poderá prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública, como os estabelecidos para assegurar a função social da propriedade.¹⁷⁶ Por ser considerado um preceito de ordem pública, não pode ser derogado pela vontade das partes. Essa cláusula limitadora tem por objetivo dar efetividade ao princípio da função social da propriedade.

Nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228¹⁷⁷, se verificam inovações tendo como fonte a função social da propriedade, pois é facultado aos possuidores de boa-fé que utilizarem um imóvel de extensa área por mais de cinco anos, e tiver realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante, obter a propriedade do mesmo mediante indenização fixada pelo juiz.

Outras influências da função social da propriedade podem ser percebidas no Código Civil, com a redução dos prazos de usucapião¹⁷⁸ e a possibilidade de compra de imóvel por aquele que, de boa-fé, planta ou edifica em terreno alheio¹⁷⁹.

¹⁷⁶ CC/2002, Art. 2.035. “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹⁷⁷ CC/2002, Art. 1.228, “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

¹⁷⁸ CC/2002, “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

“Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.”

¹⁷⁹ CC/2002, “Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.”

Os dispositivos acima ilustrados revelam que o Código Civil, no tratamento do direito de propriedade, não extinguiu o seu aspecto individual, mas apenas estabeleceu deveres de justiça social para os seus titulares.

3.3.3.2 *Função Social do Contrato*

O contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito, ou que se sujeitam a alguma obrigação. Ele é o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade. Desde a antiguidade, o contrato serve como a justa medida dos interesses contrapostos, objetivando a circulação de riquezas. Ele figura como o centro da vida dos negócios e é um instrumento de desenvolvimento social. Sem o contrato, a economia e sociedade estagnariam por completo.

A concepção individualista do direito trazida pelos códigos oitocentistas, “corresponde ao capitalismo na ordem econômica e ao liberalismo na ordem política”¹⁸⁰. Nesta época, os princípios da igualdade formal e da liberdade civil norteavam o sistema jurídico na ordem privada, modelando seus institutos básicos.

Ergueram-se como princípios básicos contratuais: a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória e a relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos.

O princípio da autonomia da vontade¹⁸¹ confere aos indivíduos o poder de criar relações jurídicas e o poder para estipular o conteúdo das obrigações assumidas e as modificações em seu patrimônio. Uma pessoa plenamente capaz pode, pela manifestação de vontade, criar relações que a lei confere validade. A autonomia da vontade teve seus pilares formados a partir do individualismo e do liberalismo. Este voluntarismo atribuía à vontade o papel de fonte exclusiva do direito, ignorando muitas vezes a existência anterior do direito objetivo.

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.71.

¹⁸¹ A autonomia da vontade abrange a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato. Manifesta-se, no plano pessoal, na liberdade de escolher a pessoa com a qual contratar. A liberdade contratual consiste na liberdade de determinar o conteúdo do contrato, dentro dos limites legais imperativos. Importa na fixação das modalidades de realização da avença contratual, sendo facultada a criação de contratos atípicos.

Uma conseqüência da autonomia da vontade é a existência de normas jurídicas facultativas. Normas facultativas visam suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se apenas quando a vontade não é declarada. Podem ser, portanto, supletivas ou interpretativas, sendo aplicadas obrigatoriamente apenas se as partes forem omissas em regular determinados efeitos do contrato.¹⁸² Além das normas facultativas, o direito contratual é composto por normas proibitivas e ordenativas. Tais normas ou proíbem ou ordenam a prática de determinados atos, estando presentes no direito contratual, desde a época em que a autonomia da vontade alcançou sua maior expressividade.

O princípio da autonomia da vontade também encontra limites nas normas de ordem pública e nos bons costumes. A norma de ordem pública é definida por Orlando Gomes, sob influencia de Henri de Page: é “aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”.¹⁸³ Por bons costumes se entendem as regras morais no terreno jurídico, que não se confundem com a moral.¹⁸⁴

Essas limitações à autonomia privada não eram suficientes para impedir a prática de abusos. O princípio da igualdade formal conduziu à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. Assim, as partes iguais e livres não precisavam de interferência legislativa para obstar a fixação de obrigações onerosas e desproporcionais. Porém, o desenvolvimento econômico impõe novas formas de contratar e os contratos passam a se formar pela adesão de uma das partes às cláusulas impostas à outra.

Esses fatores ocasionaram, com a prevalência do Estado Social, a intervenção política na ordem econômica mediante a implantação e medidas compatíveis com a justiça e o bem estar social. O dirigismo contratual, por meio da difusão de normas de ordem pública, foi uma medida que objetivou coibir os abusos

¹⁸² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 31.

¹⁸³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 25.

oriundos da desigualdade econômica e estabelecer o equilíbrio entre as forças sociais relacionadas com a liberdade individual e os interesses coletivos.

É importante deixar claro, que essas limitações não significam o fim da autonomia privada, mas representam a prevalência do solidarismo social sobre o individualismo liberalista, numa sociedade democrática de direito que possui como fundamento a dignidade da pessoa humana.

O consensualismo revela a idéia de que a simples vontade das partes basta para formar o contrato, se a lei não exigir uma forma específica para o contrato pretendido¹⁸⁵. O elemento vontade não poderá ser entendido em seu sentido formal, como um fato psicológico manifestado no foro íntimo, mas deve ser entendido em sua acepção concreta, reconhecível exteriormente para obter relevância e tutela jurídica.

O princípio da força obrigatória, o *pacta sunt servanda*, consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. O contrato celebrado com observância dos pressupostos e requisitos deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. Com essa noção, o acordo de vontades torna-se intangível; as partes não podem alterar unilateralmente as disposições contratuais e nem mesmo o juiz pode interferir no acordo para alterá-lo. Trata-se de um princípio importante, pois, sem a força obrigatória, os contratos careceriam de força jurídica, importando prejuízo à segurança das relações jurídicas. Contudo, esse princípio não poderá ter caráter absoluto.

Enquanto as idéias liberais e individualistas predominavam e, partindo do pressuposto que as partes estavam em condições de igualdade, era coerente admitir que a vontade seria traduzida em uma lei imutável. Porém, como as partes, cada vez mais se apresentam em situações de desigualdade, esse princípio tornou-se um instrumento de opressão econômica.

Nos dias atuais, em que se observa um predomínio dos contratos por adesão, o *pacta sunt servanda* foi relativizado a partir de estruturas jurídicas de

¹⁸⁵ CC/2002, “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da onerosidade excessiva ou teoria da imprevisão.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato encerra a idéia de que os efeitos dos contratos se manifestam apenas entre as partes contratantes, não aproveitando nem prejudicando terceiros¹⁸⁶. Entretanto, há contratos¹⁸⁷ que estendem efeitos a outras pessoas, criando direitos ou impondo obrigações. Como os demais princípios, o princípio da relatividade também é amenizado quando se verifica a violação de regras de ordem pública e interesse social e a própria função social do contrato.

Os princípios fundados na igualdade formal e na liberdade de contratar causaram gravíssimas desigualdades substanciais em razão das disparidades das condições concretas entre os contratantes. Essa desigualdade compelia uma das partes a condições desvantajosas em situações que dificilmente se poderia suscitar a existência de vontade livre na contratação.

Nesse ínterim, tornou-se necessária a criação de um sistema de vedações e exigências a fim de impedir a dominação do mais forte sobre o mais fraco, bem como de assegurar a primazia dos interesses coletivos sobre os individuais. Como um instrumento de organização social, o contrato muda de aparência para atender aos interesses jurídicos dessa nova época, sofrendo intervenção do Estado, denominada de dirigismo contratual, em prol do interesse coletivo e fundado nos ditames de justiça social.

O contrato em sua função instrumental é reflexo da instituição jurídica da propriedade. A moderna concepção jurídica do contrato confere a este instrumento o cunho de criar riquezas. Sendo assim, o direito contratual sofre interferência direta do direito de propriedade. Considerando que este, já na Carta Constitucional, sofreu modificações no seu trato ideológico, tais modificações refletiram diretamente no âmbito do direito contratual.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Considera-se terceiro aquele que seja totalmente estranho ao contrato ou à relação sobre a qual se estende seus efeitos.

¹⁸⁷ São eles: a estipulação em favor de terceiro e o contrato com pessoa a declarar. Pelo primeiro uma parte convencionou com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica obrigacional. O segundo é uma figura contratual que consiste em uma promessa de prestação de fato de terceiro, que também titularizará direitos e obrigações.

¹⁸⁸ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 84.

A configuração clássica do contrato, individualista e voluntarista deixa espaço para um novo modelo de instituto jurídico, cujos princípios da dignidade da pessoa humana, e da livre iniciativa estão presentes na Constituição Federal, e tem por escopo essencial a construção de uma sociedade justa, tendente a reduzir as desigualdades sociais.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reconhece a função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva. O princípio da função social do contrato, insito no Código Civil de 2002, art. 421¹⁸⁹, encontra seus fundamentos na ordem constitucional especialmente no art. 5º, XXIII e no art. 170, pois a previsão da função social da propriedade serve de projeção para a função social do contrato.

Sob outra perspectiva, o contrato é considerado não somente como um instrumento de circulação de riquezas, mas também como instrumento de desenvolvimento social, sem o qual a sociedade estaria completamente estagnada. Esse desenvolvimento social deve ser equilibrado, sustentado e racionalizado, a fim de não agravar as desigualdades sociais e atingir os direitos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Tal escopo somente pode ser alcançado a partir da adoção de medidas socializantes, atentando para os efeitos sociais, econômicos, culturais, morais e ambientais.

Judith Martins-Costa¹⁹⁰, ao tratar da função social do contrato, argumenta que este, com sua função de instrumentalizar a circulação de riquezas, interfere diretamente na constituição econômica da sociedade. Sendo assim, a eventual restrição à liberdade de contratar não deve ser entendida como exceção a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Como um direito metaindividual, a função social do contrato, não poderá, por exemplo, admitir que a liberdade de contratar redunde em prejuízos para terceiros e a sociedade em geral.

¹⁸⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo. Saraiva: 2002, p.160.

Para Paulo Nalin, citado por Humberto Theodoro Júnior¹⁹¹, a função social do contrato se manifesta em dois níveis: no intrínseco e no extrínseco. O aspecto extrínseco (contrato em face da coletividade) rompe com o princípio da relatividade dos contratos, por preocupar-se com as repercussões do negócio jurídico bilateral no campo das relações sociais. No aspecto intrínseco (contrato como relação jurídica entre as partes negociais), a função social estaria ligada à observância dos princípios de igualdade material, equidade e boa-fé objetiva, por parte dos contratantes.

Pode-se cogitar que o terreno próprio para cogitar-se a função social do contrato é o da modernização do princípio da relatividade dos contratos. Isso porque os problemas de comportamento ético entre os próprios contratantes são tratados pelo art. 422, que trata do princípio da boa-fé, não cabendo, portanto confundir os dois princípios.¹⁹²

A liberdade de contratar não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo sobrepor-se à autonomia contratual, os interesses coletivos como a saúde, a educação, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, o meio ambiente, etc. Dessa forma, a função social do contrato é atingida quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.¹⁹³

Nesse sentido, os efeitos da função social do contrato devem ser interpretados de forma que, no conceito de parte, se incluam as pessoas que não consentiram na formação do contrato, mas que estão sujeitas a serem afetadas por ele.¹⁹⁴

É necessário consolidar um entendimento sobre a função social do contrato e a sua aplicação nas relações jurídicas concretas, sob pena da limitação imposta pelas cláusulas gerais nos princípios clássicos do direito contratual, ameaçar a segurança jurídica das pessoas envolvidas no contrato.

¹⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 2.ed. Rio: Forense, 2004, p.44.

¹⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 2.ed. Rio: Forense, 2004, p.48.

¹⁹³ *Ibid.*, p.51.

¹⁹⁴ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 169.

A segurança jurídica no campo contratual relaciona-se com a certeza, a validade e a vigência das relações jurídicas originadas no contrato, é responsável pela confiança no contrato e contribui para o êxito dos negócios firmados. Sendo assim, gera também uma segurança econômica.

A função social do contrato, ao limitar os princípios clássicos do contrato (autonomia da vontade e força obrigatória) poderá relativizar a segurança jurídica¹⁹⁵ contratual.

A idéia de segurança jurídica, ainda no entender de Mariana Ribeiro Santiago¹⁹⁶, não pode ser usada para desqualificar o princípio da função social do contrato, porque este traz em sua essência a idéia de justiça. Dessa forma, não se pode concluir por sua incompatibilidade com o princípio da segurança jurídica, mas sim, por sua prevalência em determinadas situações concretas por estar relacionado com os valores do bem-estar social, da dignidade e da liberdade das pessoas.

Diante da função social, a tarefa do juiz é a de avaliar e sopesar as circunstâncias do caso e decidir tentando sobrepujar a tensão axiológica entre segurança jurídica e justiça.

3.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Para definir função social da empresa é preciso caracterizar a empresa como atividade que não se encontra restrita aos interesses particulares e objetivando o lucro, mas também como uma atividade cujo perfil funcional visa ao atendimento de interesses coletivos.

¹⁹⁵ Conforme entende Recaséns Siches, citado por Mariana Ribeiro Santiago: “É um erro entender a certeza e a segurança em termos absolutos basicamente por três razões: em primeiro lugar, em se tratando de vida humana, não há nem pode haver nada absoluto; em segundo lugar, a estrutura da vida humana é sempre bipolar, desenvolvendo-se, em cada um dos seus aspectos, entre pólos extremos, oposto, como, por exemplo, a solidão e a companhia, individualidade e socialidade, segurança e transformação etc.; e em terceiro lugar, a segurança, apesar de ser um valor funcional do direito, não é de modo algum o valor supremo de inspiração do direito, patamar este em que se encontram valores maiores como a justiça, o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana” (SICHES, Luis Recaséns, 1973. p. 293 *apud* SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 124-125).

¹⁹⁶ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 125.

Waldírio Bulgarelli¹⁹⁷ ensina que a função social da empresa deve ser entendida como “[...] o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa. Há, assim, interesses legítimos que podem estar acima de certos direitos, faculdades ou créditos”.

Essa caracterização de empresa revela que não se admite mais um direito societário fechado em si mesmo e restrito aos interesses dos sócios. A busca indiscriminada pelo lucro com a redução efetiva dos custos da cadeia produtiva não atende mais às necessidades econômico-sociais da atualidade. O empresário, para sua própria sobrevivência, precisa agregar atividades diversas daquelas que eram consideradas suficientes para sua manutenção. Percebe-se, dessa forma, o reconhecimento por parte de diversas instituições da necessidade de ampliar e redefinir seu papel na sociedade.

Luiz Edson Fachin¹⁹⁸, ao tratar na necessidade de preservação da empresa observa que “tutela-se, como se vê, a atividade em homenagem a interesses superiores aos fins individuais. Protege a manutenção dos bens e do empreendimento”.

A empresa, sob seu aspecto funcional, possui grande relevância social, vez que é responsável pela empregabilidade, pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento sócio-econômico. Sob uma visão coletivista a empresa deve levar em conta os vários interesses envolvidos em sua estrutura: consumidores, concorrentes, sócios, investidores, empregados, fornecedores, Estado e sociedade.

É nas relações externas da empresa que se apresenta de forma mais clara a função social. Isso porque a função é um poder de atuar sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de terceiros, os quais poderão ser, por vezes, pessoas indeterminadas. A partir desse poder, verifica-se a necessidade de impor deveres positivos à empresa, numa concepção jurídica intervencionista, a qual objetiva o equilíbrio das relações sociais desiguais.

¹⁹⁷ BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo, RT, 1985, p. 284.

¹⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.218.

A contribuição para melhorar a comunidade na qual está inserida pode ser vista a partir de um bom relacionamento entre as empresas e os seus empregados, clientes, acionistas e investidores; a partir da preocupação com a poluição ambiental, da constituição de fundações em benefício da sociedade ou de seus colaboradores, da participação em obras culturais, dentre outras.

Não se pode olvidar que os agentes econômicos buscam a obtenção do lucro no desenvolvimento da empresa, e eles sempre se encaminharão no sentido de alcançar maiores vantagens em relação aos seus concorrentes. Os benefícios sociais decorrentes da atividade empresária normalmente são considerados simples conseqüências do seu exercício e não constituem os objetivos principais de seus desenvolvedores. Não é o foco principal da empresa, resolver os problemas sociais, nem executar os programas econômicos, pois essas medidas são atribuições do Estado.

Algumas ações sociais desenvolvidas por empresários implicam na defesa de interesses fundamentalmente privados, posto que assumem, normalmente, caráter assistencialista e são efetivadas ou por determinação legal ou para se favorecer de benefícios fiscais ou de marketing.

Mesmo com o escopo da obtenção de lucro a partir da produção de riquezas, as empresas podem conformar seu funcionamento na consideração do interesse coletivo e social. Nesse sentido, o direito por meio de seus princípios, determina uma ética econômica geral e vinculante: a atividade econômica deve obrigatoriamente obedecer aos princípios inseridos no texto constitucional brasileiro.¹⁹⁹

Com a natureza de princípio que se expressa por uma cláusula geral, a função social deve ser preenchida pelo operador do direito diante do caso concreto. Quanto às possibilidades de aplicação do instituto, estas se dividem em duas vertentes: a primeira em relação ao incentivo ao exercício da empresa e a segunda ao condicionamento desse exercício.²⁰⁰

¹⁹⁹ TRINDADE, Cláudia Aparecida de Souza. A função Social da Empresa: para além da *Summa Divisio*, 2005. 177 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 151.

²⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo, Atlas, 2007, p. 107.

Uma consequência importante da primeira vertente é o princípio da preservação da empresa como um foco de interesses próprios, mesmo em detrimento dos interesses dos grupos em sua esfera de influência, tendo em vista a consideração da mesma como importante fonte de empregos, de tributos e de desenvolvimento econômico em geral, através da promoção de circulação de riquezas. Em matéria de direito positivo, encontra-se: a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, a dissolução parcial da sociedade²⁰¹, a unipessoalidade incidental temporária²⁰², a falência e a recuperação de empresas.

Em relação à segunda vertente de condicionamento do exercício da empresa, nos meios adotados para alcançar o lucro, o empresário deverá observar o princípio da solidariedade social. Em outras palavras, a busca pelo lucro deverá respeitar os fundamentos constitucionais da ordem econômica, os quais se encontram perfeitamente expressos no art. 170 da CF/88.

3.4.1 Fundamento Constitucional da Função Social da Empresa

O ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema econômico de iniciativa privada, que pressupõe a concessão de uma relevante margem de liberdade aos indivíduos na consecução de seus interesses particulares, mas os condiciona ao asseguramento de uma existência digna a todos e à observância da justiça social.

A atividade empresarial encontra-se atrelada à função social, como uma forma de realizar a justiça social. Seu fundamento é expresso na Constituição

²⁰¹ A dissolução parcial da sociedade é uma forma de preservação da empresa, nos momentos de instabilização das relações internas. A expressão difundiu-se na jurisprudência e na doutrina e foi acolhida pela legislação a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que passou a disciplinar as hipóteses nos arts. 1.028 a 1.032, 1085 e 1.086 (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 464)

²⁰² Um dos requisitos para a dissolução parcial da sociedade é a permanência da pluralidade de sócios, pois é um pressuposto de existência do contrato social, contudo “a jurisprudência passou a admitir a unipessoalidade incidental temporária da limitada, como forma de contornar dificuldades operacionais derivadas da dissolução total da sociedade, e preservar a limitação da responsabilidade do empreendedor. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ampara-se legalmente a unipessoalidade incidental da limitada pelo prazo de 180 dias” (*Ibid.*, p. 465).

Federal de 1988 ao elencar, em diversos dispositivos²⁰³, os princípios que deverão ser observados na ordem econômica.

Na Constituição Federal, a menção mais importante à função social refere-se à propriedade, contudo, fica patente a necessidade de sua ampliação para o campo empresarial. Além de definir como seus objetivos fundamentais a justiça e a solidariedade, a Constituição, no art. 3º, I, destina a atividade econômica à finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

De início, pode parecer conflitante harmonizar a livre concorrência, a livre iniciativa e a propriedade privada com os demais princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Porém, é importante ressaltar que todos esses princípios deverão ser observados, sob o prisma da justiça social.

A liberdade da empresa, representada pela livre iniciativa e concorrência, envolve uma formulação sobre o exercício de um direito de praticar determinada atividade econômica que é acompanhado por ônus e deveres, representando com isso o próprio conceito de função.

Na Constituição Federal Brasileira, o art. 1º, III, inclui a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República e o art. 170, *caput*, revela que a existência digna deve ser assegurada por uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A livre iniciativa fica conformada pelos valores da dignidade e da valorização do trabalho humano. A efetivação desses princípios torna a continuação da existência humana de maneira digna o objetivo fundamental da economia.²⁰⁴

A função social da empresa decorre desse condicionamento da atividade econômica à justiça social e assume o papel de fundamento que confere unidade de sentido aos demais princípios. Não poderá suprimir as liberdades e os

²⁰³ Apesar de a Constituição elencar, no art. 170, os princípios da ordem econômica, é possível verificar que eles foram transportados de preceitos de outros dispositivos, a exemplo do art. 1º (dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), art. 3º, arts. 7º a 11, art. 201, art. 202, arts. 218 e 219 e art. 225, dentre outros.

²⁰⁴ TRINDADE, Cláudia Aparecida de Souza. **A função Social da Empresa: para além da *Summa Divisio***, 2005. 177 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 151.

direitos dos empresários, nem tornar a empresa um meio para os fins da sociedade²⁰⁵, mas terá como objetivo mostrar o compromisso e as responsabilidades da empresa, reinserindo a solidariedade social²⁰⁶ na atividade econômica.²⁰⁷

3.4.2 Função social da Propriedade e do Contrato como projeções do Fenômeno Empresarial

Conforme a lição de Augusto Geraldo Teizen Júnior²⁰⁸, as relações entre o contrato e a propriedade se formaram no capitalismo clássico, por uma relação de subordinação e instrumentalidade. Isso porque, conforme já discutido²⁰⁹, a propriedade era considerada o principal elemento do processo econômico, única fonte de riqueza e produção. Ao contrato cabia, meramente, a função de meio para

²⁰⁵ Nesse sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro mostra que “Havendo compatibilização entre lucro e função social da empresa, as desigualdades sociais se amenizam e, salvo quando diante de situações absolutamente excepcionais, o Estado deve se abster de qualquer atuação direta na economia.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2004.)

²⁰⁶ Ao tratar do conceito da solidariedade, Pietro Perlingieri defende que não é possível estabelecer uma paridade de valoração entre a pessoa e uma formação social, atribuindo a esta um valor em si. As formações sociais somente terão valor constitucional se atenderem à função do livre desenvolvimento da pessoa. Daí a necessidade de estabelecer uma graduação entre as formações sociais, não sendo possível colocar no mesmo plano, por exemplo, uma família, uma empresa, um sindicato e uma associação, porque em cada uma delas existe uma diversidade de funções. Cada uma dessas entidades sociais deve ser controlada de acordo com sua específica função sócio-econômica, de forma a possibilitar a tutela da pessoa e de seus direitos inalienáveis e fundamentais. Controlar os atos e as atividades de uma entidade ou formação social significa garantir o respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37).

²⁰⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 281.

²⁰⁸ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 134.

²⁰⁹ Cf. Seção 2.1.

a circulação da propriedade²¹⁰. O contrato se limitava a transferir riquezas, sem criá-las.

No capitalismo avançado, as relações econômicas multiplicam-se, tornam-se complexas, a riqueza é desmaterializada e deixa de ser uma “coisa” de alguém que é “proprietário” transmutando-se numa relação, direito ou conjunto de direitos de exigir de outrem determinadas prestações²¹¹. Enzo Roppo afirma que “dentro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não é a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia”²¹².

Na empresa, evidencia-se a necessária confluência entre a propriedade e o contrato para o desenvolvimento da atividade econômica. Diante disso, podem-se buscar as projeções da função social da empresa, tanto na propriedade como no contrato²¹³.

3.4.2.1 *Função Social da Propriedade como suporte jurídico da Função Social da Empresa*

²¹⁰ Francesco Galgano aborda esse conceito clássico de contrato e trata de suas duas funções “*Del contratto abbiamo già avuto occasione di segnalare due specifiche e distinte funzioni, che esso talvolta svolge congiuntamente, talora separatamente: lo abbiamo incontrato, anzitutto, fra i modi di acquisto della proprietà (e degli altri diritti reali), rilevandone la funzione di strumento per la circolazione dei beni (così la vendita, la donazione ecc.); lo abbiamo ritrovato poi fra le fonti delle obbligazioni, dove abbiamo colto la sua ulteriore funzione di strumento mediante il quale cisi procura il diritto alle altrui prestazioni*”. Griffino nosso (GALGANO, Francesco. **Insituzioni di Diritto Privato**: Con tavole de comparazione giuridica. 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 169).

Tradução livre: Do contrato, havíamos já tido ocasião de assinalar duas específicas e distintas funções, que por vezes se apresentam conjuntamente, em outras, separadamente: o havíamos encontrado entre os modos de aquisição da propriedade (e de outros direitos reais), revelando função de instrumento para a circulação dos bens (assim a venda, a doação, etc.); o havíamos encontrado por entre as fontes das obrigações, onde havíamos identificado a sua ulterior função de instrumento mediante o qual se identifica o direito por meio de outras prestações.

²¹¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 64.

²¹² *Ibid.*, p. 66.

²¹³ Foi objeto da Dissertação de Mestrado de João Glicério de Oliveira Filho, a análise da função social da propriedade e a função social do contrato como fundamentos jurídicos da função social da empresa. A função social da propriedade seria o fundamento estático, e a função social do contrato, o fundamento dinâmico (OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa**. 2008. 150 p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Universidade Federal da Bahia. Salvador).

O objetivo central da autonomia empresarial é a geração de lucros, mas esta autonomia deve observar o condicionamento determinado pela função social da propriedade, e em especial, da propriedade dos bens de produção.²¹⁴

Nesse particular, o direito de propriedade deixa de ser somente individual, para incluir-se no capítulo constitucional relativo à ordem econômica. A propriedade é considerada um elemento essencial ao desenvolvimento do modelo capitalista de produção, por esse motivo foi preservada, com a alteração de seu conteúdo para a consagração de direitos sociais.²¹⁵ Nesse sentido, a propriedade pode ser considerada como suporte para a função social da empresa.

Fábio Konder Comparato²¹⁶ reporta-se à função social da propriedade como fundamento da função social da empresa. Este princípio pressupõe a preservação da atividade empresária, a qual está diretamente relacionada com a manutenção de um patrimônio mínimo e necessário à manutenção do empreendimento²¹⁷.

As restrições legais ao direito da propriedade ajustam-se por seqüela com as restrições aplicadas à iniciativa econômica privada. Esta é um reflexo ou um modo de existir da propriedade no âmbito jurídico negocial. Com isso, os traços definidores do regime da propriedade, e em especial, a forma de exercício lícito de suas faculdades, têm um reflexo direto no regime da iniciativa econômica privada.²¹⁸

Ana Prata²¹⁹ esclarece que a iniciativa econômica não contém apenas os limites negativos da propriedade, mas também tem uma função social. A atividade econômica deve visar ao progresso coletivo, social, que se sobrepõe e não se confunde com os objetivos privados do empresário. A expressão progresso

²¹⁴ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo, RT, 2002, p. 685.

²¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 156.

²¹⁶ "Não me parece possível discutir a questão da função social das empresas, do modo geral, sem refletir preliminarmente sobre a teoria da função social da propriedade, da qual aquela deriva" (COMPARATO. Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996, p. 38)

²¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.199.

²¹⁸ PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 201.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 203-204.

coletivo tem um sentido econômico, representado pelo aumento da produção e da produtividade dos meios de produção e também é demonstrada num aumento quantitativo e qualitativo da satisfação das necessidades individuais e sociais, as quais representam um meio de obter uma ordem social mais equilibrada e menos desigual.

Segundo os ensinamentos de Gustavo Tepedino²²⁰ a delimitação do conceito de propriedade depende da regulação dos centros de interesses extra-proprietários, os quais servirão de base para a compreensão da função social da propriedade. Assim, na lição do doutrinador “a função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulação dos interesses em jogo”²²¹.

A função social da propriedade como suporte jurídico da função social da empresa fica manifesta quando os bens de produção são postos em dinamismo, considerando os interesses mais relevantes que os meramente individuais.

3.4.2.2 Função Social do Contrato como expressão jurídica da Função Social da Empresa

O contrato representa para a empresa o seu perfil dinâmico, de organização dos fatores de produção para desenvolvimento da atividade econômica.²²² É considerado um perfil dinâmico, porque o contrato figura como principal instrumento que impulsiona a atividade econômica. Esse perfil é perfeitamente adequado à teoria da empresa, que define empresa como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

No capitalismo avançado, o contrato deixou de ser mecanismo funcional e instrumental da propriedade e passou a ser mecanismo funcional e

²²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 317-318.

²²¹ *Ibid.*, p. 318.

²²² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 66.

instrumental da empresa²²³. Desde o início de um empreendimento, o contrato se faz necessário, na sua constituição, no seu planejamento, na sua relação com empregados, e externamente no desenvolvimento de suas atividades produtivas, com os colaboradores, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, dentre outros agentes.

Tudo isso revela que o contrato não pode ser analisado tão somente sob seu aspecto jurídico, como se fosse um instrumento autônomo. Orlando Gomes mostra a importância de renovação dos estudos jurídicos, com a necessidade crescente de completá-los com os subsídios de outras ciências humanas como a Sociologia, a Política e a Economia, no tratamento de institutos jurídicos como o contrato²²⁴.

A partir de sua função econômica, o contrato funciona como instrumento gerador de riquezas. Deixa de ter a função de mero instrumento de transferência de riquezas e passa a ser o instrumento fundamental de impulsionamento da economia.

A regulamentação jurídica do contrato deve ser adequada à sua concepção de instrumento destinado a regulamentar operações econômicas, segundo valores predominantes em determinado momento histórico, ou seja, está relacionada com o momento socioeconômico em que é efetivado.

Quando o contrato se torna instrumento do poder econômico e possibilita a desigualdade e o desequilíbrio nas relações negociais, quando se torna um entrave à livre concorrência, à iniciativa econômica, aos direitos e garantias individuais e sociais, à autonomia e soberania do Estado, é necessária uma intervenção estatal na autonomia da vontade para resguardar os valores sociais e coletivos consagrados em princípios no ordenamento jurídico.

Nesse passo, a constitucionalização do Direito Privado e a sua funcionalização permitiram uma alteração na função do contrato, que deixou de ser mero instrumento de autodeterminação privada para ser um meio de realização de interesses coletivos e da sua função social. Conforme visto²²⁵, os princípios

²²³ *Ibid.*, p. 67.

²²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

²²⁵ Cf. Seção 3.3.3.2.

contratuais clássicos foram remodelados para se adequar à nova realidade socioeconômica.

A intervenção estatal para promover a funcionalização do contrato pode ser percebida através de incentivos ou limitações que são impostas aos entes privados, os quais protegem o sistema de mercado dos efeitos destrutivos. Nesse processo, o Estado, através de medidas legislativas, limita-se às “adaptações complementadoras do mercado”²²⁶.

No capitalismo avançado, o modelo de intervenção estatal adotado deverá assegurar os pré-requisitos para a contínua existência do modo de produção, satisfazendo as necessidades do processo de acumulação controlado pelo mercado, mas também deve ser capaz de preencher os hiatos do mercado, intervindo no processo de acumulação e compensando as conseqüências políticas e sociais intoleráveis.

É comum verificar empresas distribuidoras impondo condições desfavoráveis não somente a pequenos e médios empreendimentos, mas até a grandes conglomerados. Grandes varejistas que acreditam estar em posição melhor que os fabricantes determinando o que os consumidores desejam adquirir. Com isso estipulam o que produzir, em que tamanho, cor, embalagem, como fixar os preços, despachar os bens e até reorganizar a técnicas de produção e administração. Assim, alguns fabricantes que se encontram nessa situação têm pouca escolha e se não concordarem, eles poderão perder parte significativa de mercado.

Outros exemplos também retratam algumas possibilidades de desvio da função social do contrato e da empresa: induzir consumidores a contratar prestação ou aquisição de serviços ou produtos sob influência de propaganda

²²⁶ Jürgen Habermas distingue quatro categorias de atividade governamental e relaciona-as aos imperativos do sistema econômico: 1ª) realização dos pré-requisitos da contínua existência e manutenção do modo de produção; 2ª) adaptação do sistema legal às novas formas de organização do mercado, de forma complementar; 3ª) realização de ações substitutivas do mercado pelo estado diante da fraqueza das forças condutoras econômicas e 4ª) compensação das conseqüências disfuncionais do processo acumulativo que elidiram reações políticas efetivas, da parte dos agrupamentos individuais de capital, trabalho organizado ou outros grupos organizados (HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 72-73). As duas primeiras categorias de atividade governamental são típicas do capitalismo avançado e são adequadas às transformações jurídicas que possibilitam a aplicação da função social do contrato na atividade econômica organizada.

enganosa; realizar negócio de disposição de bens em fraude de credores; e firmar contrato que importe, no mercado, no exercício de concorrência desleal.

A partir desses exemplos, pode-se verificar a importância da construção de um conceito de função social do contrato no âmbito empresarial a partir de mecanismos jurídicos capazes de coibir desigualdades dentro da relação contratual.

Alguns desses mecanismos podem ser encontrados na Lei n. 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios mencionados no art. 170 da Constituição. Por estar alinhada com o princípio constitucional da ordem econômica, pode-se dizer que essa lei possui seus fundamentos nos princípios da socialidade e da justiça social.

O art. 20²²⁷ e o art. 21²²⁸ da Lei n. 8.884/94 enumeram as infrações contra a ordem econômica e o art. 23²²⁹ estabelece as penas aplicáveis à prática

²²⁷ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

²²⁸ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
 - II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
 - III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- [...]

²²⁹ Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

- I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;
- II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.
- III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que

dessas infrações. Veja-se um exemplo: um empresário que impor no comércio de bens, a seus distribuidores, preços de revenda, descontos e condições de pagamento, margem de lucros ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios desses com terceiros (art. 21, XI), no intuito de prejudicar a concorrência ou dominar mercado relevante (art. 20, I e II), estará sujeito à pena de multa de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício.

É uma medida que interfere na autonomia contratual e visa coibir a prática de atos atentatórios à ordem econômica, mas também possui o viés da função social da empresa, pois visa efetivar a justiça social, além de outros princípios da ordem econômica.

Algumas atividades, dada a sua natureza e relevância ao interesse público (socioeconômico e político), necessitam de autorização do poder público para serem exercidas. São as instituições financeiras (Lei nº 4.595/64), os agentes dos mercados de capitais (Lei nº 6.385/1976), as sociedades seguradoras (Dec-lei nº 73/66) e as empresas jornalísticas e de radiodifusão (Dec. nº 52.795/63). A lei reconhece nessas atividades autêntica função social e por isso precisam atender a requisitos específicos para funcionar no mercado.

A atual lei de falências e recuperação, Lei nº 11.101/2005, reconhece a importância social da empresa, ao proporcionar a sua recuperação tanto judicial como extrajudicial, que são mecanismos que possuem a natureza contratual, e refletem a funcionalização no direito empresarial, conforme se verá neste trabalho.

temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

4 REGIME FALIMENTAR

Etimologicamente, *fallir*, deriva do latim *fallere*, e exprime a mesma coisa que faltar com o prometido, enganar, omitir-se. A expressão derivada – falência²³⁰ – representa o mesmo que falta, insolvência, ruína, quebra.²³¹

A multiplicidade de significados também é revelada por Umberto Navarrini²³² quando explica que a falência sob a ótica do direito material e formal ou processual. No primeiro sentido, a falência corresponde à situação do patrimônio de uma empresa impotente à satisfação de seus débitos²³³. No segundo, corresponde a uma organização legal, coletiva e geral dos credores²³⁴, tendente, com um sistema de medidas administrativas e judiciais, à liquidação e satisfação de todo o crédito que seu patrimônio suportar, em condições de igualdade, exceto se houver causa legítima de prioridade.²³⁵

A falência é um fenômeno que atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e econômica²³⁶ em que uma organização empresarial

²³⁰ A palavra quebra foi utilizada desde as Ordenações Portuguesas, muito antes da palavra falência nos textos legislativos. Bancarrota também era um termo utilizado. Tem origem da expressão italiana *banco rotto* (banco quebrado). Essa expressão provinha do costume de os credores do falido lhe quebrarem o banco, ou banca sobre o qual mostrava o que tinha para vender (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 9).

²³¹ *Ibid.*, p. 7.

²³² NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. Bolonha: Zanichelli, 1934, p. 3.

²³³ Nesse primeiro sentido, Umberto Navarini indica a correspondência com um “*stato di fallimento, di sentenza dichiarativa di fallimento*” (NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. Bolonha: Zanichelli, 1934, p. 3.).

²³⁴ No segundo sentido se fala em falência como um complexo de atos jurídicos processuais (*processo di fallimento*) que têm por objeto a liquidação do patrimônio de um comerciante insolvente, e a distribuição do resultado entre os credores (*Ibid.*, p. 3.).

²³⁵ Em sentido semelhante, tem-se a definição de Brunetti “*L’istituto del fallimento può definirsi Il complesso organico delle norme di carattere formale e sostanziale e degli atti giuridici prevalentemente processuali aventi per iscopo la liquidazione del patrimonio dell’imprenditore insolvente che esercita un’attività commerciale, e la proporzionale ripartizione del ricavato fra tutti i suoi creditri, unitariamente organizzati, salvo per quelli muniti di cause legittime di prelazione*” (BRUNETTI *apud* SEMO, Giorgio de. **Diritto Fallimentare**. 5 ed. Padova: Cedam, 1967, p. 31). Tradução livre: O instituto da falência se pode definir como sendo o complexo organico de normas de caráter formal e substancial e dos atos jurídicos prevalentemente processuais, tendo por escopo a liquidação do patrimônio do empreendedor insolvente que exercita uma atividade comercial, e a proporcional repartição do encontrado entre todos os seus credores, unitariamente organizados, salvo por aqueles munidos de causas legítimas de prelação.

²³⁶ Para Alfredo Rocco “*Lo studio del fallimento como fenomeno economico è l’indagine preliminare con cui se aprono necessariamente le nostre ricerche: qui, como negli altri campi del diritto, la sostanza determina la forma, e la conoscenza dei rapporti sociali è un presupposto indispensabile per la conoscenza delle norme giuridiche, che quei raporti vogliono regolare.*”(ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Bocca, 1917, p. 3). Tradução livre: O estudo da

encontra-se inserida²³⁷. Alfredo Rocco²³⁸ considera que a falência, como um fenômeno econômico, é um fato patológico do desenvolvimento da economia creditícia²³⁹, é o efeito do anormal funcionamento do crédito²⁴⁰. Para Carvalho de Mendonça²⁴¹, ela “designa a situação daquele que, tendo recebido uma prestação, não dispõe de valores realizáveis suficientes para satisfazer, no momento exato, a contraprestação a que se obrigou”.

Os reflexos econômicos de uma falência se devem à complexidade dos negócios entabulados por um empresário, que envolvem fornecedores, clientes, empregados, dentre outros. Atualmente, a mundialização da economia, a interdependência existente entre diversas atividades produtivas e as redes de conexões estabelecidas entre agentes econômicos agravam ainda mais os efeitos que a quebra de determinados organismos empresariais podem causar à sociedade e podem gerar uma reação em cadeia e provocar uma desarmonia com repercussão na economia em geral.

Internamente, o inadimplemento poderá desarticular a organização dos elementos do estabelecimento e da atividade, provocando uma disfunção orgânico-funcional da empresa e, conseqüentemente, um estado de insolvência ou incapacidade empresarial. Essa situação atingirá não somente a esfera jurídica de um credor individualmente considerado, mas prejudicará os interesses de todos os credores.²⁴²

falência como fenômeno econômico é a indagação preliminar com a qual se abrem necessariamente as nossas pesquisas: aqui, como nos outros campos do direito, a substância determina a forma, e o conhecimento das relações sociais é um pressuposto indispensável para o conhecimento das normas jurídicas que aquelas relações desejam regular.

²³⁷ O capítulo 2 desse trabalho realiza uma abordagem sobre a empresa como um fenômeno social, econômico e jurídico.

²³⁸ ROCCO, Alfredo. *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*. Turim: Bocca, 1917, p. 4.

²³⁹ Crédito pode ser definido como a “confiança que uma pessoa inspira em outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida” (MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3, v. 1).

²⁴⁰ O sistema de crédito funciona normalmente quando a capacidade empreendedora se demonstra real e justificada, ou seja, a expectativa do bem futuro suficiente para a contraprestação é fundado em um bem atual possuído de valor. Quando falta essa expectativa ou falta algum fundamento na realidade, ou é existente em princípio, mas deixa de existir por uma causa superveniente, o sistema de crédito não pode se tornar perfeito sendo produzido um desajuste denominado falência. A falência é conseqüentemente um estado de desequilíbrio entre os valores realizáveis e a prestação a ser executada (ROCCO, Alfredo. *op. cit.*, p. 5.)

²⁴¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. vol VII. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 8.

²⁴² FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise: comparações com as posições do Direito Europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 6-7.

Por outro lado, se o inadimplemento derivado de uma falha orgânica da empresa for solucionado em face de um credor isolado, poderá significar que alguma coisa foi retirada do patrimônio ativo do devedor, diminuindo a garantia patrimonial dos credores ainda não satisfeitos, afetando os seus interesses.

Esse funcionamento anormal da atividade empresária denomina-se crise. Fábio Ulhoa Coelho²⁴³ estabelece a distinção entre três tipos de crise: econômica, financeira e patrimonial. Por crise econômica, o autor entende como a retração substancial nos negócios desenvolvidos pela sociedade, em outros termos, quando os consumidores não adquirem mais em igual quantidade os bens ou serviços oferecidos. A crise financeira ocorre quando o empresário não tem disponibilidade para adimplir suas obrigações. É a crise de liquidez. A exteriorização dessa crise é a impontualidade. A crise patrimonial é a insolvência real, ou seja, é a insuficiência do ativo para satisfazer o passivo.

Sergio Campinho explica que essas crises podem ser episódicas ou agudas. As primeiras representam um estado de iliquidez momentânea e podem ser voluntárias ou involuntárias. As segundas são evidenciadas quando “o empresário se depara com a falta de recursos pela impossibilidade de seu ativo gerar rendas tendentes a possibilitar o pagamento de suas dívidas” – neste caso está configurada a insolvência.²⁴⁴

Apesar da diversidade de classificações, esses autores concordam em um sentido: a disfunção na empresa é causada inicialmente pelo inadimplemento, que evolui para uma situação de iliquidez, e depois se agrava para um estado de insolvência.

Além das situações de crise mencionadas, diversos fatores podem gerar uma disfunção na empresa e provocar uma falência. Algumas empresas já nascem com características falimentares, por não serem estrategicamente organizadas. O sub-dimensionamento do capital no início do negócio²⁴⁵; o

²⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

²⁴⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119.

²⁴⁵ No momento da organização da empresa, muitas vezes o empreendedor aplica todos os seus recursos no processo de estruturação física e quando alcança a fase de buscar o mercado para disponibilizar seus produtos e serviços percebe a inexistência ou escassez de recursos (capital de giro) para administrar a empresa de forma lucrativa. Com isso, buscam obter financiamentos de

desconhecimento das estruturas legais e das obrigações do empresário; a falta de planejamento das ações²⁴⁶; a tomada de decisões equivocadas e a confusão entre o patrimônio da empresa e de seu desenvolvedor são exemplos de imperfeições na própria gênese da organização, que podem gerar a falência precoce.

Outros fatores endógenos como a má gestão, a administração fraudulenta, o desentendimento entre sócios ou entre estes e administradores, a produção de produtos obsoletos ou de difícil alienação, os elevados custos operacionais, o capital de giro insuficiente e a escassez patrimonial podem desencadear nas empresas uma situação de crise acarretando a sua quebra.

O estado de recessão econômica, ou recessão apenas na atividade exercida, a insolvência de fornecedores ou clientes, os sistemas de regulação ou desregulamentação econômica, os artifícios que interfiram no poder competitivo da empresa, os motivos conjunturais da economia, o desenvolvimento de novas tecnologias e o acirramento da concorrência são fatores externos podem gerar o insucesso de uma empresa e provocar a sua falência.

Essas empresas que se encontram em dificuldades e deixam de honrar suas obrigações merecem a tutela do Estado, pois que são organizações produtivas e geram riquezas da mesma forma que as solventes, com a diferença de que seu passivo encontra-se desestruturado. Ademais, um empresário em estado falimentar poderá prejudicar diversos agentes que estejam relacionados direta ou indiretamente com a sua atividade, como outros empresários, fornecedores, clientes, empregados e o governo. Por isso, se verifica a importância do tratamento da falência sob o prisma da função social da empresa.

As normas de direito que disciplinam esse fenômeno econômico, constituem o instituto da falência sob o ponto de vista jurídico. A compreensão jurídica do regime de insolvência brasileiro, sob um aspecto funcionalizado, exige

instituições financeiras, por modalidades de operações em que o juro é mais elevado (desconto de títulos, abertura de crédito, dentre outras).

²⁴⁶ O empresário inicia uma atividade quando identifica uma vantagem econômica na produção de bens e serviços. Esse processo depende de um estudo da sua organização, de forma a conhecer o mercado em que se busca uma inserção, pois atualmente não é possível aceitar uma empresa que não desenvolva um planejamento, com visões, valores e objetivos bem definidos que possibilite uma melhoria constante na produtividade, a satisfação nas necessidades crescentes dos consumidores, além de representar uma forma de investimento de seu capital.

uma análise do sistema falimentar a partir de sua evolução histórica até a atualidade, com o advento da Lei n. 11.101/2005.

4.1 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

No antigo Direito Romano, o devedor estava submetido a uma situação de extrema crueldade: podia possuir bens, escravos, gado e dinheiro, mas o credor não podia tocar em nada disso. A pessoa do devedor era a garantia dos credores. As leis das Doze Tábuas adotavam a medida de *manus injectio*²⁴⁷, a qual permitia ao credor conservar o devedor *in carcere privato*²⁴⁸, vendê-lo como escravo *trans Tiberim*, e até matá-lo *in partes secare*²⁴⁹.

Com o passar dos tempos, esse regime foi modificado pela Lei *Poetelia Papiria*²⁵⁰, quando o devedor passou a responder com o seu patrimônio. O sistema de execução patrimonial se desenvolveu por vários meios, e dentre eles a *bonorum venditio*. O credor, munido de uma sentença condenatória, procurava o magistrado que autorizava por decreto a *missio in bona*, e entrava na posse de

²⁴⁷ Lei das XII Tábuas – Tábua 3 – “Dos direitos de crédito. [...] 6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias como peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.” (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Código de Hamurábi**; O Manual dos Inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião. São Paulo: Rideel, 2006, p. 82.)

²⁴⁸ Lei das XII Tábuas – Tábua 3 – “Dos direitos de crédito. [...] 7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério”. (*Ibid.*, p. 82.)

²⁴⁹ Significa o esquartejamento pelos credores concorrentes previsto na Lei das XII Tábuas – Tábua 3 – “Dos direitos de crédito. [...] 9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. (*Ibid.*, p. 82.)

²⁵⁰ A Lei *Poetelia Papiria* inaugurou uma nova era de liberdade, influenciada pelo direito pretoriano. Veio desde então a execução real sobre os bens do devedor. Umberto Navarrini relata “*Ma la cosa è più sicura e decisa quando si rovesciò la base della procedura, da personale a reale, quando la esecuzione dalla persona si trasportò sui beni, nel senso che la procedura non si limitò a esercitare sul debitore soltanto una pressione perchè eserguisse l’obbligazione, ma si rivolse direttamente sul patrimonio, per avere l’equivalente della prestazione mancanta.*” (NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. Bolonha: Zanichelli, 1934, p.28). Tradução livre: Mas a coisa é mais segura e decisiva quando se reverteu a base do procedimento, do pessoal ao real, quando a execução da pessoa se transportou sobre seus bens, no sentido de que o procedimento não se limitou a exercer sobre o devedor apenas uma pressão para exigir a obrigação, mas se reverte diretamente sobre o patrimônio, para obter o equivalente à prestação faltante.

todos os bens do devedor, realizando depois a venda mediante determinadas formalidades.²⁵¹

Preliminarmente à venda dos bens através da *bonorum venditio*, ocorria um processo denominado *missio in possessionem*²⁵². A *missio* não destituía o devedor da propriedade de seus bens, privava-o somente da administração que passava para um *curator bonorum*, nomeado pelo magistrado com o consenso da maioria dos credores. O patrimônio do devedor constituía um penhor em benefício dos credores, e o *curator* era encarregado de guardar os bens e publicar editais, a fim de que algum familiar ou amigo do devedor pagasse o débito, impedindo que sobre o nome deste pesasse a nota de infâmia.²⁵³⁻²⁵⁴

Iniciadas essas providências, e passado o prazo de trinta dias, se o devedor fosse vivo, ou de quinze dias se falecido, o pretor convocava os credores para elegerem um *magister* que estabelecia as regras (*lex venditiones*) para a venda pública (*bonorum venditio*). Nessa *lex*, constava o ativo e o passivo do devedor, a relação de bens e créditos, os privilégios e o percentual que seria pago a cada um dos credores.²⁵⁵

²⁵¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 12.

²⁵² “*Si ebbe, allora, come è notissimo, la c. d. missio in bona (lex Paetelia), domandata al Pretore dai creditori, quando il debitore non lo facesse spontaneamente con la cessio bonorum (lex Iulia); missio in possessionem rei servandae causa, per cui il patrimonio del debitore inadempiente, o addirittura insolvente, passava nella sua totalità ai creditori, formanti una comunione, cha veniva garantita su di esso dal pignus pretorium; i creditori nominavano una persona (magister) coll’incarico di vendere tale patrimonio, dapprima in blocco, a chi (bonorum emptor), assumeva anche sopra di sé – considerandosi como successore del debitore – il pagamento dei debiti; pagamento che aveva luogo in proporzione, quando l’attivo fosse stato insufficiente al pagamento integrale di tutti, epperchiò con l’attuazione della più perfetta eguaglianza (bonorum venditio)*” (NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. Bolonha: Zanichelli, 1934, p.28) Tradução livre: Houve, então, como é sabido, a c. d. missio in bona (lex Paetelia), requerida ao Pretor dos credores, quando o devedor não o fizesse espontaneamente com a cessio bonorum (lex Iulia); missio in possessionem rei servandae causa, para quando o patrimônio do devedor inadimplente, ou insolvente, passava, em sua totalidade, aos credores, formando uma unidade, que vinha, sobre isto, garantida pelo pignus pretorium; os credores nomeavam uma pessoa (magister) com o encargo de vender tal patrimônio - inicialmente em bloco - e quem (bonorum emptor), assumia também para si – considerando-se como successor do devedor – o pagamento dos débitos; pagamento que possuía imediatamente uma proporção, quando o ativo fosse insuficiente para o pagamento integral de todos, e, por isso, com atuação da mais perfeita igualdade (bonorum venditio).

²⁵³ O devedor somente se libertava da infâmia, com o pagamento integral dos credores. Com essa nota de infâmia o devedor perdia seus direitos civis, sendo considerado como morto fosse.

²⁵⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 9.

O devedor de boa-fé submetido à *bonorum venditio* podia recorrer à *cessio bonorum*, entregando a seus credores a totalidade dos bens. Com esta medida, o devedor demonstrava a intenção de não prejudicar seus credores, evitando a execução e a imposição da infâmia. Os bens cedidos eram vendidos em massa ou em lotes, e o resultado era repartido entre os credores segundo a classificação elaborada pelo magistrado.²⁵⁶

O tratamento dado à coletividade de credores nos procedimentos da *missio in possessionem* e da *cessio bonorum* era designado *concursum creditorum*, a que se atribui a origem mais remota do direito concursal.

A abertura do concurso, que era requerida pelos credores, ordenada por decreto do magistrado, trazia importantes efeitos à pessoa do devedor e aos credores. Aos credores era imposta a igualdade de tratamento – *Par Conditio Creditorum* – pois eram classificados em diversas categorias: credores reivindicantes, credores separatistas, credores da massa e credores quirografários. Os bens arrecadados formavam a massa, cuja administração cabia ao *curator bonorum*, nomeado pelos credores e confirmado pelo juiz. Era autorizada a anulação dos atos fraudulentos praticados pelo devedor através da *actio pauliana* e do *interdictum fraudatorium*.²⁵⁷

O direito romano, na disciplina do direito concursal, contribuiu para desenhar as bases dos estatutos dos comerciantes na Idade Média, mesmo com preponderância das normas estabelecidas pelos usos e costumes decorrentes do tráfico comercial. A *missio in bona* foi aperfeiçoada e preparada para regular a insolvência dos mercadores e não mercadores, mas não afastou o caráter de repressão penal do instituto falimentar. As normas falimentares objetivavam evitar os abusos praticados por devedores desonestos, da mesma forma que eram punidos²⁵⁸ os delinqüentes comuns. A ocultação e a fuga, elementos

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

²⁵⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. vol VII. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 14.

²⁵⁸ Francesco Ferrara examina o traço penalista da falência “[...] *il fallimento è anche un procedimento penale contro il debitore, per cui esso ha per oggetto al tempo stesso il soddisfacimento dei creditori e la punizione del fallito. La parola fallito deriva da fallere, ingannare. ‘Est decoctor, erga fraudator’ dice incisivamente Baldo. Il debitore è messo in carcere. Qualche statuto ne limitava la durata ad un anno per i debitori non fraudolenti. Tuttavia in varî statuti si consentiva al fallito di sottrarsi al carcere, procedendo alla cessione dei beni, ed è probabile che anche questa sia una reminiscenza romanistica. La cessione avveniva in forme ignominiosa e non*

caracterizadores da falência, eram procedimentos comuns à época diante das penalidades severas impostas ao devedor.

Nos Séculos XVII e XVIII, a França recebeu dos italianos as normas estabelecidas consuetudinariamente, reunindo-as na Ordenança Comercial de 1673, a primeira codificação do direito francês. A este diploma seguiu-se o código Comercial Francês de 1807, cuja aplicação era restrita ao devedor comerciante e continuava a impor severas restrições ao falido, mantendo o caráter penalista do instituto.

O avanço dos ideais liberalistas e individualistas resultou no predomínio do intuito econômico e exaltação dos interesses dos credores, o que revelou uma mitigação da intolerância e severidade da falência como instrumento de vingança pessoal contra o devedor, ainda existente no *Code de Commerce* de 1807.²⁵⁹

O constante aperfeiçoamento do regime de insolvência mercantil gerou a regulação da concordada²⁶⁰ preventiva na Bélgica (1887)²⁶¹ e da concordata suspensiva. O avanço das organizações empresariais no âmbito

evitava mai la infamia.” (FERRARA, Francesco. **Il fallimento**. Milão: Giuffrè, 1959, p. 53.) Tradução livre: a falência é um procedimento penal contra o devedor, por isso tem por objeto ao mesmo tempo a satisfação dos credores e a punição do falido. A palavra falido deriva de fallere, enganar. ‘Est decoctor, erga fraudator’ disse incisivamente Baldo. O devedor é lavado ao cárcere. Alguns estatutos limitavam sua duração da prisão a um ano para os devedores não fraudulentos. Entretanto, em vários estatutos se permitia ao falido subtrair-se ao cárcere procedendo à cessão de bens, e é provável que também esta seja uma reminiscência romana. A cessão vinha de forma vergonhosa e não evitava a infâmia.

²⁵⁹ O *Code de Commerce* estabelecia em cada caso a apreensão imediata do falido, e pela quebra fraudulenta cominava o trabalho forçado de cinco a vinte anos. A lei de 28 de maio de 1938 eliminou a primeira sanção, excessiva na hipótese de falência não dolosa. Esta última espécie de desequilíbrio econômico é considerada de forma a dar vazão à concordata preventiva e a reabilitação do falido (SEMO, Giorgio de. **Diritto Fallimentare**. 5 ed. Padova: Cedam, 1967, p. 31).

²⁶⁰ A concordada pode ser definida como “um acordo especial entre o devedor e os seus credores quirografários, unânimes, ou representados por certa maioria, tendo por fim evitar a declaração da falência, ou fazer cessar os efeitos da que já existe declarada” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 8, p. 330.).

²⁶¹ “Belgio – Il testo di legge fondamentale in materia fallimentare è *la loi sur les faillites, banqueroutes et sursis* del 18 aprile 1851 che consiste in una rielaborazione del terzo libro del Code de Commerce 1807, in conformità alla corrispondente, citata, legge francese del 28 maggio 1838. Da ricordarsi, inoltre, la legge sul concordato preventivo del 29 giugno 1887” (NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. Bolonha: Zanichelli, 1934, p.32). Tradução livre: Bélgica – O texto de lei fundamental em matéria falimentar é a lei sobre as falências, bancarrotas e sursis de 18 de abril de 1851, que consiste em uma reelaboração do terceiro livro do Código de Comercio de 1807, em conformidade com a correspondente, citada, lei francesa de 28 de maio de 1838. Para lembrar, a lei sobre concordata preventiva de 29 de junho de 1887.

socioeconômico e jurídico²⁶² criou a necessidade de uma legislação que objetivasse a permanência da empresa e não apenas a sua liquidação e a satisfação dos credores.

Nos Estados Unidos, a Lei de 1874, sob influência da lei inglesa de 1869, autorizou a concordata antes da declaração da falência (concordata preventiva). Posteriormente, a legislação falimentar estadunidense de 1898 passou a admitir somente a concordata suspensiva²⁶³. Em 22 de junho de 1938, por meio do *Chandler Act*, a Lei de 1898 foi alterada para possibilitar o processo da *corporate reorganization*, destinado a reorganizar econômica e administrativamente as grandes sociedades anônimas insolventes. Esse procedimento não substituiu a concordata, mas serviu para o caso desta não ser adequada para o enfrentamento da fase crítica da empresa.²⁶⁴ Na petição inicial da *corporate reorganization* o devedor deveria comprovar que a concordata não se aplica ao seu caso.

A legislação francesa também apresentou evolução, com a introdução do processo de liquidação judiciária (*liquidation judiciaire*) pela Lei de 4 de março de 1889. Por esse processo, o comerciante devedor podia convocar os credores para estabelecer a concordata. A liquidação judiciária foi substituída pela Lei de 20 de maio de 1955 pelo regulamento judiciário (*règlement judiciaire*).²⁶⁵

A evolução do sistema falimentar revela a necessidade da legislação adequar-se às transformações socioeconômicas de uma sociedade para tutelar o interesse da coletividade e não somente dos credores ou do empresário devedor.

4.2 REGIME FALIMENTAR BRASILEIRO

No período colonial era aplicado o direito português através das ordenações do Reino. Inicialmente, as Ordenações Afonsinas, de 1446, aboliram a pena de morte e possibilitava que o devedor não fosse preso por meio da cessão de seus bens aos credores, quando o inadimplemento não fosse doloso. Em 1521,

²⁶² Conferir a abordagem no capítulo 2 desse trabalho.

²⁶³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. vol VIII. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 331.

²⁶⁴ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 24.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 15.

as Ordenações Afonsinas foram revisadas por ordem do Rei Dom Manuel, passando a se denominar Ordenações Manuelinas, as quais mantiveram o tratamento rígido ao devedor insolvente.²⁶⁶

Na regência de D. Filipe II, em 1603, as Ordenações Filipinas agravaram as punições ao falido quando a quebra era considerada fraudulenta, pois impossibilitava a cessão de bens aos credores e instituía a pena de morte ou degredo ao devedor. Quando a falência era inocente, o devedor não incorria em crime, mas deveria confessar a falência perante a Junta, expondo as causas que a motivaram e entregava as chaves do estabelecimento, os livros e papéis que possuísse e a descrição de todos os seus bens.²⁶⁷

A Junta Comercial se encarregava de dar prosseguimento ao processo: escolhia o depositário para os bens arrecadados; publicava editais para a manifestação dos interessados, os quais votavam as causas da falência (fraudulenta ou de boa-fé); realizava a venda dos bens em leilão e pagava os credores com o resultado.²⁶⁸

Após a Proclamação da Independência do Brasil, a legislação portuguesa sobre falência continuou vigorando no país e a Lei de 30 de outubro de 1823 determinou a observância da Lei da Boa Razão (Alvará de 18 de agosto de 1769), através da qual deviam ser aplicadas subsidiariamente as leis das nações civilizadas.

Em 1850, foi promulgado o Código Comercial que destinava sua terceira parte ao procedimento falimentar, sob o título “Das Quebras”. A influência do *Code de Commerce* de 1807 ficou evidenciada pelas rigorosas penalidades

²⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 15-16.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 16-18.

²⁶⁸ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 17.

impostas ao falido e, a depender de sua culpabilidade a falência era classificada como causal²⁶⁹, com culpa²⁷⁰ e fraudulenta²⁷¹.

Além da falência, o Código Comercial previa a concordata suspensiva, a moratória²⁷² e o contrato de união²⁷³. Não havia a previsão da concordata preventiva. Esse procedimento de insolvência mercantil era considerado complexo e criava óbices para atender às necessidades originadas com a insolvência do empresário.

Em 1864, ocorreu a falência da Casa Bancária Vieira Souto, no Rio de Janeiro, deflagrando uma séria crise financeira com grande repercussão no mercado. Este fato foi determinante para a promulgação do Decreto n. 3.309/1864, o qual previa o sistema de liquidação forçada dos estabelecimentos bancários.

A regra do código comercial de deferimento da concordata mediante aprovação em assembléia de dois terços do total dos créditos tornou famosa a falência do Visconde de Mauá, que não conseguiu obter a moratória por não ter reunido os seus mais de três mil credores dispersos em distintas localidades. No curso desse processo foi provado que a quebra era fortuita, pois foi realizado o pagamento de todos os credores.

Esta situação acelerou o processo de revisão da terceira parte do Código Comercial com o Decreto n. 3.065/1882. Com essa alteração, para a

²⁶⁹ Art. 799 do Código Comercial de 1850 – “É casual, quando a insolvência procede de acidentes de casos fortuitos ou força maior”.

²⁷⁰ Art. 800 do Código Comercial de 1850 – “A quebra será qualificada com culpa, quando a insolvência pode atribuir-se a algum dos casos seguintes: 1 - Excesso de despesas no tratamento pessoal do falido, em relação ao seu cabedal e número de pessoas de sua família; 2 - Perdas avultadas a jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem; 3 - Venda por menos do preço corrente de efeitos que o falido comprara nos seis meses anteriores à quebra, e se ache ainda devendo; 4 - Acontecendo que o falido, entre a data do seu último balanço e a da falência, se achasse devendo por obrigações diretas o dobro do seu cabedal apurado nesse balanço”.

²⁷¹ Art. 802 do Código Comercial de 1850– “É fraudulenta a quebra nos casos em que concorre alguma das circunstancias seguintes: 1 - Despesas ou perdas fictícias, ou falta de justificação do emprego de todas as receitas do falido; 2 - Ocultação no balanço de qualquer soma de dinheiro, ou de quaisquer bens ou títulos; 3 - Desvio ou aplicação de fundos ou valores de que o falido tivesse sido depositário ou mandatário; 4 - Vendas, negociações e doações feitas, ou dívidas contraídas com simulação ou fingimento; 5 - Compra de bens em nome de terceira pessoa; e 6 - Não tendo o falido os livros que deve ter, ou se os apresentar truncados ou falsificados”.

²⁷² A moratória significava a concessão, por ordem do Tribunal do Comércio, de prazo de pagamento não superior a três anos ao devedor cuja impossibilidade de adimplir suas dívidas fosse decorrente de fatos alheios a sua vontade, devendo demonstrar que dispunha de meios suficientes para cumprir suas obrigações no prazo estabelecido.

²⁷³ Por este instrumento os credores após a instrução do processo, não sendo apresentada a proposta de concordata, determinavam a forma da liquidação do ativo.

concessão da concordata passou a ser preciso apenas a aceitação da maioria dos credores presentes, tornando exequível a concordata por abandono. Também por este decreto foi introduzida a concordata preventiva.²⁷⁴

Com a promulgação da República, em 1889, coube ao Governo provisório promover a reforma do sistema falimentar²⁷⁵, resultando no Decreto n. 917/1890. Esse decreto revogou a concordata por abandono e adotou a concordata preventiva judicial ou extrajudicial. Na concordata preventiva extrajudicial (acordo extrajudicial), os credores se reuniam com o devedor para convencionar um meio de liquidação das obrigações e, para que o acordo vinculasse todos os credores quirografários era necessária a homologação judicial e a adesão de credores representativos de três quartos do passivo.²⁷⁶

O Decreto n. 917/1890 foi alterado pela Lei n. 859/1902. Esta lei implementou um sistema de nomeação de síndicos com o objetivo de coibir fraudes entre o devedor e os credores. Por esse sistema, os síndicos eram escolhidos fora dos quadros da falência entre os nomes indicados pelas Juntas Comerciais de cada estado.²⁷⁷

As reformas feitas em 1902 foram objeto de duras críticas, pois a legislação falimentar permanecia inadaptada às realidades econômicas. Não estava apta a promover um mínimo de segurança que possibilitasse a proteção ao crédito. Foi promulgada, então, a Lei n. 2.024 de 1908, cujo projeto foi elaborado por J. X. Carvalho de Mendonça. Por esta lei, a caracterização da falência se dava pela impontualidade e pelos atos de falência. Dentre os atos de falência, foi incluída a execução frustrada e a convocação de credores para proposta de dilação de prazo, remissão ou cessão, o que gerou a extinção do instituto da concordata extrajudicial.²⁷⁸

²⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 22-23.

²⁷⁵ O projeto de reforma foi preparado pelo jurista Carlos de Carvalho em apenas quatorze dias (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 69-70.).

²⁷⁶ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 26-27.

²⁷⁷ REQUIÃO, Rubens. *op. cit.*, p. 23.

²⁷⁸ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 29.

As mudanças geradas pela Primeira Guerra Mundial e as crises que as acompanharam, geraram a necessidade de uma nova adaptação legislativa do sistema falimentar. A lei em vigor nesse período foi alterada pelo Decreto n. 5.746/1929, que, dentre outras medidas, facilitou o processo de concessão da concordata, mediante a redução do quorum de aprovação²⁷⁹ e instituiu uma tabela progressiva de pagamento do débito, quando a concordata fosse a prazo²⁸⁰.

A instituição do Estado Novo fez surgir a necessidade de ajustar a legislação nacional à política de fortalecimento dos poderes do Estado. O regime falimentar foi reformado mais uma vez com o Decreto-lei n. 7.661/45, ampliando os poderes do magistrado e reduzindo participação dos credores na falência e na concordata: a assembléia de credores foi quase totalmente suprimida²⁸¹; a concordata suspensiva e preventiva deixaram de ter a natureza contratual para se tornar um benefício outorgado pelo Estado²⁸², desde que cumpridas as formalidades legais²⁸³.

²⁷⁹ Decreto 5.746/1929, “Art. 106. A proposta de concordata, para ser valida e produzir efeitos juridicos, si o pagamento fôr á vista, não será inferior a quarenta por cento e deverá ser acceita por maioria de credores: a) representando pelo menos 60 % do valor dos creditos si o dividendo offeredo fôr superior a 50 %; b) representando pelo menos 65 % do valor dos creditos si o dividendo offeredo fôr superior a 45 %; c) representando pelo menos 70 % do valor dos creditos si o dividendo offeredo fôr igual ou superior a 40 %”.

²⁸⁰ Decreto 5.746/1929, Art. 106, “§ 1º Si o pagamento fôr a prazo, que não poderá ser maior de dous annos, a proposta deverá ser apoiada por dous terços de credores, representando pelo menos 75 % dos creditos e não poderá ser inferior: a) a 50 % si o prazo fôr de 6 mezes; b) a 55 % si o prazo fôr de 12 mezes; c) a 60 % si o prazo fôr de 21 mezes;”

²⁸¹ A assembléia foi mantida para deliberação relativa aos meios de liquidação dos ativos: Decreto-lei 7.661/45, “Art. 122. Credores que representem mais de um quarto do passivo habilitado, podem requerer ao juiz a convocação de assembléia que delibere em tēmos precisos sôbre o modo de realização do ativo, desde que não contrários ao dispôsto na presente lei, e sem prejuízo dos atos já praticados pelo síndico na forma dos artigos anteriores, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final”.

“Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos”.

²⁸² No Decreto-lei n. 7.661/1945, a concordata consistia em um favor legal conferido ao empresário de boa-fé. As normas que a regiam impediam qualquer inovação na tentativa de composição da dívida que se afastasse dos parâmetros formais e materiais estabelecidos.

²⁸³ Os arts. 140 e 158 previam uma série de formalidades que deveriam ser provadas pelo devedor para que pudesse fazer *jus* ao benefício da concordata: “Art. 140. Não pode impetrar concordata: I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio; II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º; III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.”

“Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinqüenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração

A concordata²⁸⁴ consistia em um favor legal concedido ao empresário de boa-fé. Competia-lhe requerer os benefícios de acordo com o elenco fechado das propostas de pagamento previstas no Decreto-lei n. 7.661/1945 (art. 156 e 177)²⁸⁵. Em caso de descumprimento dos prazos ou condições de pagamento estabelecidos em lei pelo devedor, a concordada era rescindida e o devedor tinha a falência decretada, o que resultava na extinção da empresa e liquidação de seus bens.

A concessão da concordata estava vinculada a uma presunção de solvabilidade, que decorria do cumprimento de requisitos meramente formais, sem nenhuma verificação dos meios que proporcionassem a manutenção futura da empresa após o seu cumprimento. O objetivo que se buscava era que, a partir da dilação de prazo ou descontos nos pagamentos, fosse possível realizar os pagamentos dos credores, mesmo que a empresa se tornasse inviável com o fim do procedimento. Não era possível inovar para gerar novos recursos, nem estabelecer acordos diretamente com os credores ou diversos dos estabelecidos na lei. O devedor estava preso à fórmula legal sob pena de quebra.

Além da limitação de prazos e descontos, a concordada apenas podia atingir os credores quirografários, e corria o risco de ser convertida em falência. Todas essas restrições levavam empresas solventes à quebra por não cumprirem todas as formalidades exigidas em lei para a concessão da concordata. Ou então, quando a concordata era concedida, muitos fornecedores do devedor reduziam ou paralisavam seus contratos, temerosos da possibilidade de falência.

desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento.”

²⁸⁴ O vocábulo concordata deriva do latim, *concordatum*, e significa acordo, ajuste. No Decreto-lei nº 7.661/1945, a utilização desse termo representou uma imprecisão terminológica, pois não havia acordo, a concordata prescindia do acordo dos credores, ainda que todos os credores discordassem dos dispositivos legais, cabia ao juiz apenas homologá-la.

²⁸⁵“Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 50%, se fôr à vista; II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses.”

“Art. 177. O falido pode obter, observadas as disposições dos artigos 111 a 113, a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva. Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 35%, se fôr a vista; II - 50%, se fôr a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.”

Quando eram altos os índices de inflação, o instituto ainda gerava o enriquecimento fraudulento de vários devedores, pois os tribunais acolhiam as fundamentações apresentadas para negar a correção monetária dos débitos do impetrante da concordata.²⁸⁶

Na época do surgimento do Decreto-lei n. 7.661/1945, a indústria brasileira era embrionária, motivo pelo qual se percebe na legislação, uma identificação do empresário com a empresa, submetendo-os à mesma sorte. Com a modificação do cenário econômico, a legislação falimentar tornou-se incompatível com a complexidade, sofisticação e desenvolvimento da atividade empresária por meio das sociedades.

A concordata era ineficiente para atender as necessidades de reestruturação do passivo das empresas e a sua retomada para uma situação de normalidade²⁸⁷. Além disso, o processo de falência passou a servir como um instrumento de cobrança. A tramitação complexa e a sistemática legal de venda do ativo, a qual ocorria somente no final do processo de falência, resultava na obsolescência e imprestabilidade dos bens do devedor e frustrava o recebimento dos créditos da grande maioria dos credores. O devedor não conseguia extinguir suas obrigações permanecendo inabilitado para o exercício da atividade empresária por longos períodos.

Enfim, o Decreto-lei n. 7.661/1945 não se ajustava com as tendências de preservação da empresa como um ente produtivo, capaz de promover a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, a criação e manutenção de empregos, de satisfazer as necessidades socialmente úteis, de servir como fonte pagadora de tributos e como um meio de desenvolvimento de novas tecnologias.

Ademais, os princípios consagrados na Constituição de 1988, mostravam a dissonância entre o Decreto-lei n. 7.661/1945 e as expectativas relativas ao exercício da atividade econômica. Aquele regime jurídico desconhecia a necessidade de oferecer ao empresário em dificuldades “mecanismos mais eficientes de recuperação, se possível, ou ainda de liquidação com preservação

²⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115.

²⁸⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005, p. 27.

das unidades organizadas, mesmo que mediante sua transferência para outro empresário”.²⁸⁸

Enquanto a nova lei não chegava, era possível verificar decisões de diversos tribunais²⁸⁹ que abrandavam o rigorismo e o formalismo do Decreto-lei n. 7.661/1945, que se mostrava superado no aspecto de preservação da empresa como atividade.

A inadequação do regime jurídico falimentar à realidade socioeconômica brasileira levou à elaboração do Projeto de Lei n. 4.376/1993, depois transformado na Lei n. 11.101/2005, de 09/02/2005, que entrou em vigor no dia 10 de junho do mesmo ano. Com a denominação de Lei de Recuperação e

²⁸⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005, p. 26.

²⁸⁹ “CONCORDATA - Convolação em falência - Não cabimento - Distribuições cíveis ou execuções fiscais - Inexistência - Protestos tirados às vésperas da distribuição da moratória legal - Empresa em funcionamento e que possui razoável estoque de mercadorias - Dificuldades financeiras momentâneas - Caracterização - Fraude ou má-fé dos sócios - Ausência de prova inequívoca - Falência afastada - Recurso provido [...] A agravante não possui contra si distribuições cíveis, inclusive execuções fiscais (fls. 34/36), e os protestos contra ela foram tirados praticamente às vésperas da distribuição da moratória legal (fls. 37/51). Além disso, está em funcionamento com sete funcionários e possui razoável estoque de mercadorias para as suas reduzidas dimensões, conforme auto de constatação de fls. 275. Trata-se, assim, de pequena empresa familiar, que se encontra em dificuldades financeiras momentâneas, certamente agravadas pela grave conjuntura por que passa a economia nacional. Mas é possível que, com algum esforço, essas dificuldades possam ser superadas, até porque não há prova inequívoca de fraude ou má-fé dos seus sócios.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Sousa Lima, Agravo de Instrumento n. 245.840-4/5, 11/09/2002).

“Concordata preventiva convolação em falência possibilidade de recuperação da empresa com o pagamento de todos os débitos revogação cabimento. Agravo provido em parte. [...] Constando que a concordatária teria quitado todos os credores quirografários, à exceção do Banco Itaú S.A. com quem entrou em composição, o qual inclusive manifestou a sua aquiescência à pretensão recursal, (fls. 211/213), e afirmando a agravante que nunca chegou a fechar totalmente as suas portas, estando hoje em dia em pleno funcionamento, pagando o débito fiscal em parcelas, melhor será a revogação da convolação da concordata em falência tendo em vista o interesse na preservação da empresa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Testa Marchi, Agravo de Instrumento n. 212.965.4/9, 22/02/2002).

“Concordata - Requisitos - Processamento deferido após a perícia haver constatado a possibilidade concreta de recuperação da empresa e a inexistência de indícios de desvios - Existência de outra proposta, extrajudicialmente encaminhada aos credores, que não indica, desde logo, que deixará a agravada de cumprir a concordata - Recurso improvido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 348.498.4/4, 08/03/2005).

“Concordata Preventiva - Conversão em falência - Dívida sujeita aos efeitos da concordata que vem sendo liquidada pela agravante por meio de tratativas diretas com os credores - Demonstração nos autos de que a concordatária encontra-se em plena atividade, com perspectivas de recuperação - Inexigibilidade da imediata demonstração da quitação dos débitos fiscais - Quebra prematura da empresa que não se justifica - Recurso provido para afastar o decreto de falência e determinar o processamento da concordata” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 312.349.4/7, 11/08/2005).

Falência, este diploma legal extinguiu o instituto da concordata, criou a recuperação judicial e extrajudicial e manteve a falência com alterações.

A elaboração dos dispositivos da mencionada lei se fundou na função social da empresa a partir dos seguintes pilares²⁹⁰: a) a *preservação da empresa*, por gerar riqueza econômica e empregos contribuindo para o desenvolvimento nacional; b) *separação dos conceitos de empresa e empresário*, com a possibilidade de preservar uma empresa ainda que ocorra a falência de um empresário, pois ela será transferida a outro agente econômico; c) *recuperação das empresas viáveis*, com a disponibilização pelo Estado de instrumentos para a manutenção da estrutura de um empresário viável e o oferecimento de meios rápidos e eficientes de retirada do agente econômico inviável do mercado; d) *proteção aos trabalhadores*, não somente com a preferência no recebimento dos seus créditos, mas com a possibilidade de manutenção de seus postos de trabalho; e) *redução do custo de crédito*; f) *celeridade e eficiência dos processos judiciais*; g) *participação ativa dos credores nos processos de falência e recuperação*; h) *maximização dos ativos do falido* e; i) *desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte*.

Percebem-se grandes diferenças entre os diplomas falimentares anteriores e a lei em vigor, pois nesta se verifica uma preocupação com a manutenção da empresa como atividade e se estabelece uma nítida diferença entre a atividade empresária e os seus titulares ou administradores.

4.3 SIGNIFICADO DO DIREITO FALIMENTAR

Antes de realizar um estudo sobre o significado do direito falimentar, cabe estabelecer uma breve distinção entre a insolvência civil e a empresarial.

A falência é processo judicial de execução concursal aplicado somente ao devedor empresário, pessoa física, ou sociedade empresária. A

²⁹⁰ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 29-31.

falência representa um meio extraordinário de execução, que engloba todo o patrimônio do devedor e é instituída em favor da totalidade dos credores.

Quando um devedor não empresário não dispuser de patrimônio suficiente para honrar todas as suas obrigações, ele será submetido a um processo diferente de execução concursal: a insolvência civil, disciplinada no Código de Processo Civil (art. 748 e seguintes).

Outro aspecto que mostra a diferença entre esses dois regimes é o pressuposto para a submissão à execução concursal. Na insolvência civil será necessário provar a insolvência real, que significa a insuficiência do ativo para o cumprimento do passivo. Na falência basta a caracterização da insolvência jurídica²⁹¹, que se configura pela impontualidade injustificada, execução frustrada ou a prática de atos de falência.

Os dois regimes também podem ser diferenciados em relação às regras sobre a extinção das obrigações. O devedor empresário, no processo de falência, terá as suas obrigações extintas se ocorrer o rateio de mais de 50% dos créditos quirografários, após a realização de todo o ativo. Por outro lado, as obrigações do devedor não empresário somente se extinguem com o adimplemento

²⁹¹ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

total delas (art. 774, CPC)²⁹² ou após decorrido cinco anos do encerramento do processo de insolvência (art. 778)²⁹³.

A legislação falimentar envolve matéria econômica, social e jurídica, bem como diversos procedimentos e prioridades que podem conflitar com outras normas do ordenamento jurídico, a exemplo da legislação trabalhista, civil, penal, societária e tributária.

Historicamente,²⁹⁴ percebeu-se um empenho constante do legislador falimentar em estabelecer normas inibidoras de fraudes. Essa tendência deveu-se à tradicional associação da quebra com uma fraude, conduta irregular ou ilícita do devedor. Isso conduziu à construção de um regime formalista, extremamente intervencionista e enfático no aspecto procedimental.

O desenvolvimento constante da atividade empresarial, a grande mobilidade do crédito e a preocupação em evitar a ocorrência de fraudes obrigaram o legislador a seguir essas constantes transformações gerando repetidas reformas nessa parte da legislação empresarial.

Na evolução da empresa como um fenômeno econômico²⁹⁵ verifica-se que, no atual modo de desenvolvimento, o liberalismo econômico perdeu o espaço que tinha, pois os processos econômicos não poderiam mais ser concebidos “enquanto movimentos de um sistema econômico auto-regulativo”²⁹⁶. Contudo, também, não se pode pregar a adoção de uma política totalmente desregulamentadora, diante das imperfeições que o mercado apresenta, onde empresas que não planejam suas ações e são atingidas pela falência, acabam por afetar outras organizações empresariais com grandes perspectivas de crescimento.

Da mesma forma, não é possível estabelecer um tratamento inflexível às disfunções encontradas no mercado, sob pena de inviabilizar a manutenção de

²⁹² CPC, “Art. 774. Liquidada a massa sem que tenha sido efetuado o pagamento integral a todos os credores, o devedor insolvente continua obrigado pelo saldo”.

“Art. 775. Pelo pagamento dos saldos respondem os bens penhoráveis que o devedor adquirir, até que se lhe declare a extinção das obrigações”.

²⁹³ CPC, “Art. 780. No prazo estabelecido no artigo antecedente, qualquer credor poderá opor-se ao pedido, alegando que: I - não transcorreram 5 (cinco) anos da data do encerramento da insolvência;”

²⁹⁴ Cf. seções 4.1 e 4.2.

²⁹⁵ Cf. seção 2.1.

²⁹⁶ HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 71.

diversos empreendimentos recuperáveis, afetando interesses generalizados. Assim, a atividade governamental torna-se necessária para prover a segurança jurídica e econômica que o modo de produção atual exige, sendo necessário equilibrar os interesses individuais e coletivos.

A regulação da atividade empresarial deve se adequar à realidade econômica de forma que não constituam um empecilho ao processo de desenvolvimento econômico e à distribuição de renda na sociedade.

Carvalho de Mendonça²⁹⁷, em seu Tratado de Direito Comercial Brasileiro, de 1954, considera que uma boa lei de falências deve objetivar a garantia da administração honesta do patrimônio do falido para permitir a distribuição integral do ativo entre os credores e também deve adotar medidas que evitem a decretação da falência de forma a proteger o crédito. Esse entendimento revela um sistema que foi construído sob a ótica do individualismo dos interesses dos credores ou do devedor.

O movimento de constitucionalização e socialização do direito privado²⁹⁸ mostra um deslocamento ainda maior da matéria do direito falimentar do campo privado para o público²⁹⁹. Percebe-se uma evolução de um instituto antes

²⁹⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 57-58.

²⁹⁸ Cf. subseções 3.1.1 e 3.1.2 que tratam respectivamente da Constitucionalização do direito privado e Socialização e Funcionalização do direito privado.

²⁹⁹ Carlo D'Avack analisa a finalidade da falência e a sua importância econômica a justificar o interesse do Estado: "Dopo quanto esposto penso che tranquillamente possa affermarsi che lo scopo, il fine ultimo del fallimento sia un altro e veramente determinato dall'interesse statale alla difesa del credito e dell'economia generale e che questo scopo consista nel togliere dal mondo commerciale gli organismi dissestati, quegli organismi che si trovino cioè in condizioni tali che la prosecuzione della loro attività possa essere di grave pregiudizio per tutti gli altri che vengono in contatto con loro. Questo è veramente un fenomeno di importanza economica generale atto a giustificare l'interesse dello Stato al fallimento e nel fallimento; se infatti si studia la vita di un'azienda commerciale, se si prendono in esame i molteplici rapporti che essa di necessità viene ad instaurare con altre aziende ed i legami che fra di queste si costituiscono e se infine si osserva attentamente quel fenomeno che possiamo chiamare di interdipendenza economica delle aziende, per cui l'una alimenta la vita dell'altra e da questa stessa ricava le sue sorgenti di vita e per il quale il dissesto dell'una può facilmente trascinare tutti gli altri organismi collegati, si scorge appieno come questo sia un fenomeno economico che esula dal campo dell'interesse privato per entrare in quello dell'interesse essenzialmente pubblico" (D'AVACK, Carlo. **La natura Giuridica del Fallimento**. Padova: Cedam, 1940, p. 20). Tradução livre: Diante do exposto, penso que tranquilamente se possa afirmar que o fim último da falência seja um outro e verdadeiramente determinado interesse estatal na defesa do crédito e da economia geral e que este escopo consiste em tolher do mundo comercial os organismos dissonantes, aqueles organismos que se encontram em condições tais que o prosseguimento de suas atividades possa ser de grave prejuízo para todos os outros que mantenham contato com eles. Este é verdadeiramente um fenômeno de importância econômica geral, a ponto de justificar o interesse do Estado na falência; se, na realidade, se estuda a vida de uma empresa comercial, se tem por exame as múltiplas relações que esta, por necessidade, vem a

voltado para a tutela dos interesses dos credores no pagamento dos respectivos créditos, com um significado meramente liquidatório, para um instituto renovado por finalidades recuperatórias e saneadoras. Esse novo sistema tem o objetivo de eliminar as empresas financeiramente ou economicamente inviáveis e recuperar, reorganizar e conservar as empresas viáveis.

Essa transformação deriva da realização dos princípios constitucionais, que tiveram sua eficácia reconhecida pelo legislador infraconstitucional³⁰⁰. O título da Carta Constitucional destinado à ordem econômica³⁰¹ traduz a intervenção do Estado no campo da atividade econômica, ou seja, expressa a atuação estatal no campo privado³⁰².

A intervenção estatal não pode ser responsável por obstar a liberdade de iniciativa e afetar o processo produtivo, pois as entidades econômicas privadas constituem o principal fator de desenvolvimento e foco da ordem econômica nacional, ficando o Estado com uma atuação residual no sistema econômico, no âmbito de determinadas atividades ou com uma tarefa fiscalizatória para resguardar o equilíbrio entre os agentes econômicos.³⁰³

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios norteadores da ordem econômica e social, modeladores de políticas econômicas e suas repercussões sociais. Tais princípios aliam os postulados da justiça social com o objetivo lucrativo dos agentes econômicos.³⁰⁴

instaurar com outras empresas e os vínculos que entre estas se constituem e se, enfim, se observa atentamente este fenômeno, que podemos chamar de interdependência econômica das empresas, por onde uma alimenta a vida da outra e desta mesma retira seu sopro de vida, verifica-se que a dissonância de uma pode facilmente transmitir-se a todos os outros organismos coligados, passa-se a verificar como este seja um fenômeno econômico que transcende o campo do interesse privado para entrar naquele do interesse essencialmente público.

³⁰⁰ Nesse sentido Washington Luiz da Trindade afirma: “[...] é indispensável estudar, no sistema normativo constitucional, os princípios e mecanismos que modelam leis e decretos na criação de órgãos e de relações econômicas cujas força de incidência, em alguns caso, decorre do próprio texto maior” (TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 114).

³⁰¹ Ordem econômica é definida por Eros Roberto Grau como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p. 72.)

³⁰² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007, p.93.

³⁰³ TRINDADE, Washington Luiz da. *op. cit.*, p. 116.

³⁰⁴ TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 114.

O inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, eleva à condição de fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estes, segundo o art. 170 da mesma Constituição, também são considerados fundamentos da ordem econômica e têm o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer prevalecer os valores sociais.³⁰⁵

De acordo com o art. 170, a ordem econômica tem o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados, tais como: soberania nacional; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A partir desses princípios, o direito falimentar atual deve ser analisado e aplicado à luz da Constituição de forma a dar plena efetividade às normas e atender aos valores identificados como preponderantes em nosso ordenamento jurídico.

É possível destacar alguns reflexos da “constitucionalização” do direito falimentar na Lei n. 11.101/2005: a falência e recuperação se orienta no princípio da dignidade da pessoa humana, oferecendo meios de preservação dos interesses dos trabalhadores e dos consumidores; a proteção aos credores não pode ser considerada absoluta e deve ser flexibilizada diante dos direitos sociais, não se justificando a decretação da falência pela conduta arbitrária de um único e isolado credor ou quando a ação falencial é utilizada como forma de cobrança forçada; o administrador judicial deve ser escolhido pelo magistrado pautado no compromisso profissional com os valores e princípios que regem o sistema falencial; e as regras devem enfatizar a preservação e função social da empresa e valorizar o trabalho humano.³⁰⁶

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p. 766.

³⁰⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 38.

Do ponto de vista econômico a lei falimentar é uma importante instituição legal para o mercado. Armando Pinheiro e Jairo Saddi³⁰⁷ elencam seus objetivos: extinguir as empresa ineficientes; realocar ativos de empreendedores menos para os mais competentes, e de devedores para os credores, aumentando a eficiência do sistema; e finalmente criar um sistema de incentivos para que o comportamento dos empresários aumente a eficiência das relações econômicas.

A legislação deve procurar um equilíbrio entre a proteção dos credores e dos acionistas, incentivando-os a financiar o empreendimento. Dessa forma, com a organização da divisão dos ativos remanescentes e a proteção dos bens da empresa enquanto ela passa pelo processo de reestruturação ou liquidação, será possível que ocorra a menor perda de ativos socialmente valiosos.³⁰⁸

Um sistema falimentar que tenha por objetivo a preservação da atividade empresária é importantíssimo para reduzir as imperfeições do mercado, uma vez que a possibilidade de transferência dos meios de produção de um agente empresarial desestruturado para que outro empresário explore, com planejamento, produtividade e objetivos bem definidos, contribui para a estabilidade do mercado.

Percebe-se no regime falimentar atual uma interferência menor sobre os aspectos negociais. Principalmente com o advento da recuperação de empresas, em que é conferida a liberdade ao empresário devedor e aos seus credores de estabelecerem a maneira mais apropriada de reestruturação da atividade empresária.

A nova lei deixa de interferir diretamente nos aspectos relativos à produção, organização e gestão empresarial porque não estabelece uma fórmula pronta capaz de retirar o empresário de uma crise de insolvabilidade. Tudo isso pode ser percebido especialmente pelos princípios que norteiam o sistema de insolvência empresarial atual conforme se pode verificar a seguir.

4.4 PRINCÍPIOS APLICADOS AO REGIME FALIMENTAR

³⁰⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 221.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 222.

O regime de insolvência empresarial é orientado por princípios. Karl Larenz³⁰⁹ define princípios como normas de grande importância para o ordenamento jurídico, por estabelecerem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito. Para Wilhelm Canaris³¹⁰ os princípios ostentam o seu sentido próprio a partir de uma combinação de complementação e restrição recíproca e possuiriam um conteúdo axiológico explícito, necessitando para a sua realização a concretização através de normas.

Diante da possibilidade dos dispositivos normativos representarem regras ou princípios, Humberto Ávila³¹¹ estabelece a partir de quatro critérios a distinção entre eles: a) o critério do *caráter hipotético-condicional*, que baseia no fato das regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontrar a regra para o caso concreto; b) o critério do *modo final de aplicação*, em que as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, e os princípios são aplicados de modo gradual; c) o critério do *relacionamento normativo*, em que a antinomia entre as regras representam verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou a criação de uma exceção, e no relacionamento entre os princípios consiste numa sobreposição parcial, solucionável mediante a ponderação que atribua o peso de cada um; d) o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como bases axiológicas para a decisão a ser adotada.

Com isso, os princípios que regem o sistema falimentar consistem em objetivos superiores que inspiram os procedimentos adotados pelo legislador e pelos aplicadores. Eles não podem ser analisados de forma isolada e independente, mas devem sempre manter entre si uma complementação recíproca.

4.4.1 Princípio da Preservação do crédito

³⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.599.

³¹⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92-96.

³¹¹ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

A crescente velocidade das operações empresariais torna necessária uma circulação de riquezas mais rápida que a possibilitada pela moeda manual. Nesse ponto, o crédito revela sua importância, pois permite a movimentação imediata da riqueza produzida.

Assim, o crédito é essencial para dar vida a qualquer sistema econômico, pois funciona como um elemento de propulsão do mecanismo de circulação de riquezas, preservando as relações empresariais e o desenvolvimento da economia. Sem o instituto do crédito, a atividade empresária encontraria sérias limitações para se expandir, por isso o funcionamento normal do sistema creditício é um elemento fundamental na organização econômica.

Fran Martins explica que a utilização do crédito torna as transações mais rápidas e amplas, especialmente pela possibilidade de uma pessoa gozar de dinheiro atual cujo pagamento será feito posteriormente³¹².

O crédito tem como elementos constitutivos a confiança e o lapso temporal. Aquele que possui crédito tem um prazo para realizar o pagamento e esse prazo advém da confiança. O funcionamento anormal do crédito motivado pelo não pagamento no prazo estipulado, gera uma desconfiança por parte do credor e se não for reparada a tempo, provoca uma instabilidade na economia em geral. Um empresário tem fundada esperança de ver adimplidos os seus créditos para que possa honrar seus compromissos.

Por isso, a falência “è *effetto dell’anormale funzionamento del credito*”³¹³ e o regime de insolvência empresarial deve buscar a preservação da credibilidade da sociedade no mercado. A decretação da falência de um empresário deve possibilitar que outros agentes econômicos não sejam prejudicados, logo a confiança no mercado será preservada.³¹⁴

O princípio da preservação do crédito representa um dos fundamentos do direito falimentar³¹⁵. Carvalho de Mendonça é firme ao dizer que “toda a doutrina

³¹² MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3, v. 1.

³¹³ ROCCO, Alfredo. **Il fallimento: teoria generale ed origine storica**. Turim: Bocca, 1917, p. 3.

³¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 47.

³¹⁵ Nesse sentido Carvalho de Mendonça: “A lei de falência, sob o ponto de vista do interesse social, tem por escopo a proteção do crédito” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol VII, p.157).

que contrariar esse escopo deve ser repelida, pois emprestaria àquela lei um sentido anormal, ofensivo ao seu caráter”³¹⁶.

Essa proteção decorre do interesse público que envolve o crédito, que é concebido de uma forma mais ampla para gerar segurança na concessão de créditos privados. Quando, através do regime falimentar, são promovidos instrumentos eficazes de recuperação de crédito, proporciona-se a criação e preservação de um sistema de concessão de créditos privados aos empresários para o desenvolvimento de atividades econômicas.³¹⁷

A complexidade e o volume cada vez maiores da produção de bens e serviços exigem um custo elevado que nem sempre é suportado pela disponibilidade de capital do empreendedor. Dessa forma, o crédito permite que o empresário amplie sua produção além do que seria possível com os recursos que possui. Em outros termos, a dinamicidade da economia decorre da disponibilidade de capital para financiar os investimentos necessários à produção, que depende da concessão de crédito.

A legislação falimentar deve possibilitar que o crédito seja disponibilizado de forma segura, de maneira que o detentor do capital o coloque em circulação com a garantia de adotar meios eficazes de recuperação em caso de inadimplência do devedor. Deve-se buscar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e estimular o credor a emprestar, de forma que existam recursos disponíveis em quantidade e condições apropriadas.

A segurança na recuperação do crédito também gera a redução do custo do capital. Isso porque a recuperação compõe o risco que é considerado na formação do preço da disponibilização do capital. A diminuição da taxa de juros, por sua vez, acarreta um volume maior de riquezas em circulação, gerando desenvolvimento econômico e benefícios para a sociedade.

4.4.2 Princípio do *Par Conditio Creditorum*

³¹⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol VII, p.158.

³¹⁷ PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

No momento em que um empresário apresenta indícios de insolvência e deixa de adimplir suas obrigações os credores passam a adotar medidas acautelatórias. Verificadas as dificuldades financeiras ou econômicas do devedor, os credores buscam a tutela jurisdicional de forma a receber seus créditos com os bens integrantes do patrimônio do inadimplente. Essa medida possibilita que somente um ou alguns credores obtenham a satisfação integral de seus créditos, deixando os demais desamparados, se o ativo do devedor não suportar todas as suas obrigações.

Também é possível observar que os devedores elegem alguns credores para realizar o pagamento, deixando os demais sem o recebimento devido.

Essas situações revelam que, diante de um desequilíbrio patrimonial, nem todos os credores conseguem a satisfação de seus direitos creditícios. Para evitar a desigualdade entre os credores, a falência é adotada como um processo de execução coletiva sobre o patrimônio do devedor.

A equidade é um princípio geral de direito que, no procedimento falimentar se manifesta como o princípio da *par conditio creditorum*³¹⁸ (igualdade de situação entre credores).

A estrita igualdade entre os credores é determinante na falência e deve ser presente em todos os processos concursais. Para cada crédito deve ser verificado o local que a lei reserva na classificação geral, assegurando que a preferência de alguns seja efetivamente observada.³¹⁹

Os credores do devedor que não puderem receber na integralidade todos os seus créditos, devem receber um tratamento parificado, dando aos que integram a mesma categoria iguais chances de efetivação de seus créditos. Todos os credores devem concorrer ao juízo indivisível da falência, sejam empresários ou

³¹⁸ Este princípio pode ser expresso nos termos da L. 6, §7º Dig. XIII. 8 "*Post bona possessa. Par conditio omnium creditorum*" (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol VII, p.159).

³¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

não. Eles são reunidos numa coletividade denominada massa falida subjetiva, que representa uma comunhão de interesses.³²⁰

A justificativa desse princípio no direito falimentar se apresenta pelo fato do ativo corresponder normalmente a um montante inferior ao total do passivo. Sendo assim, é necessário que se propicie condições equitativas de satisfação das dívidas, ainda que parciais.

Este princípio corresponde à proporcionalidade na consideração dos créditos, implicando no respeito às peculiaridades que a lei atribui. Cada crédito é situado em uma posição que a lei estabelece e existem preferências que devem ser observadas rigorosamente.³²¹

4.4.3 Princípio da Preservação da empresa

O direito falimentar evoluiu no sentido da preservação da empresa. Essa preservação está direcionada à atividade e dissociada da figura do empresário, daquele que de alguma forma a controla através da participação societária.

³²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 22-160.

³²¹ Lei n. 11.101/2005, Art. 83. “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.”

Numa visão moderna, a empresa é uma organização social no sentido de que serve ao empresário e aos interesses da sociedade em geral ³²². Para o empresário e os investidores, a empresa figura como fonte geradora de lucros retributivos do capital investido em sua constituição e desenvolvimento. Para a sociedade, ela funciona como fonte geradora de empregos, recolhimento de tributos e produção ou circulação de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades socialmente úteis.

A partir da concepção descrita, verifica-se a importância da empresa para a economia nacional. Dessa forma, deve ser objetivo do operador do direito o interesse social envolvido na sua preservação.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin³²³ defende que o princípio da preservação da empresa envolve matéria jurídica e econômica, pela proteção que confere à continuidade dos negócios sociais. Esse autor ainda assevera que “o princípio da preservação é gênero no qual a continuidade das atividades compõe espécie, e nele se encontra similitude com a guarita do patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento”.

Esse princípio mostra a relevância na separação do conceito de empresa e empresário³²⁴. Para atender a um interesse econômico e social deve-se buscar a preservação da empresa como atividade, sendo possível eliminar o empresário ao mesmo tempo em que a empresa é conservada. Nesse sentido, ela será transferida a um agente econômico idôneo que possa aproveitar os recursos organizados e valorizados pelo antigo empreendedor. “Isso confirma que, pelo princípio da preservação da empresa, o interesse social pela continuidade da atividade empresarial está acima do interesse individual do sócio”³²⁵.

O princípio da preservação da empresa é reflexo de outros princípios, inclusive de ordem constitucional. Através da função social da propriedade se impõe ao titular dos bens de produção uma adequada utilização em proveito da

³²² PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 56.

³²³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.198-199.

³²⁴ A diferença entre esses institutos foi detalhada na subseção 2.2.4 supra.

³²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.205.

coletividade. O desenvolvimento da atividade empresária consistiria em um poder-dever de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o seu exercício. Assim, além de atender aos interesses internos, como a realização do seu objeto social com a finalidade lucrativa, há interesses externos que precisam ser respeitados. Quando se verifica que um empresário em crise não atende aos interesses sociais, a empresa poderá ser preservada e os bens utilizados para o seu desenvolvimento serão transferidos a outro agente econômico que deverá explorá-los de forma a efetivar a sua função social.

O pleno emprego também é viabilizado pela preservação da empresa. A continuidade da atividade econômica representa a possibilidade de manutenção dos postos de trabalho, e conseqüentemente da redução das desigualdades sociais, da erradicação da pobreza e da miséria e confere a todo cidadão uma existência digna mediante o exercício de uma atividade laboral, cuja remuneração servirá de meio para prover a subsistência do trabalhador e de sua família.

A liberdade de iniciativa e a livre concorrência são princípios básicos do sistema de produção capitalista. A livre iniciativa³²⁶ assegura a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, mas estabelece ainda a necessidade de se sujeitar às limitações determinadas pelo poder público. Já, a livre concorrência é a possibilidade dos particulares competirem entre si, em atividade lícita, “objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”³²⁷. Nesse sentido, a preservação da empresa é essencial para reproduzir o ideal da livre iniciativa e livre concorrência.

A preservação da empresa como requisito da interpretação adequada dos princípios constitucionais da ordem econômica³²⁸ determina a sua

³²⁶ André Ramos Tavares define a liberdade de iniciativa “no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluindo o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluindo o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar” (TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 241).

³²⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 259.

³²⁸ “O estudo da ordem econômica, portanto, também se funda no princípio da preservação da empresa, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais direitos fundamentais [...]”

caracterização não somente como fundamento normativo para a interpretação e aplicação do direito falimentar, mas como um princípio constitucional implícito.

4.4.4 Princípio da Viabilidade da empresa

Da análise da preservação da empresa como princípio do regime falimentar é necessário observar se esta possui condições mínimas de sobrevivência e ainda a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e socialmente.

O direito falimentar deve representar um instrumento legal que possibilite, com o menor custo e desgaste social possível, a reestruturação ou a extinção de empresas ineficientes, com a transferência dos fatores de produção para setores mais rentáveis.

Recuperar ou manter empresas ineficientes, inexpressivas ou inaptas pode representar um desgaste para os agentes envolvidos na atividade empresária³²⁹, bem como uma medida dispendiosa para a máquina judiciária e um aumento dos custos sociais. O aplicador do direito não poderá ignorar a questão fundamental de identificar os casos em que as empresas devem ser conservadas e quando elas devem desaparecer.

Para que o Estado atue, especialmente no procedimento de recuperação³³⁰, é necessário que existam grandes chances de sucesso e é substancial que a empresa seja viável. Na adoção de um plano de reorganização, é essencial que os gastos com a manutenção da empresa sejam inferiores àqueles necessários para a sua liquidação.

A manutenção de empresas ineficientes poderá ser danosa ao interesse público. O aumento dos custos sociais decorrentes da continuidade de uma empresa inviável representa a consequência de recursos produtivos mal empregados, que geram a redução da renda social e do bem estar social.

(CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 46).

³²⁹ Pode-se mencionar como agentes os credores, os consumidores, os empregados, os parceiros empresariais e o próprio Estado.

³³⁰ O princípio da viabilidade da empresa não representa apenas um fator decisivo para a adoção de um procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial. Também é importante no processo de falência para que o juízo falimentar determine a continuidade ou não da atividade empresária.

A viabilidade não poderá ser considerada a partir de interesses individuais ou de determinado grupo³³¹ envolvidos com a atividade empresária, mas deve ser avaliada por aspectos econômicos e sociais.

Sob o aspecto econômico, a empresa poderá ser viável se tiver condições econômicas e financeiras de se manter de forma autônoma, com os mecanismos de recuperação adequados para a sua situação de dificuldades: dilação de prazos das dívidas, modificações societárias, emissão de valores mobiliários, realização de parcerias empresariais, dentre outras formas.

É importante lembrar que as formas de recuperação mencionadas pela Lei n. 11.101/2005, art. 50³³², são meramente exemplificativas, pois a melhor estratégia de recuperação deve ser avaliada de acordo com critérios específicos, avaliando a singularidade de cada atividade empresária. Não se pode admitir o dispositivo mencionado como uma fórmula pré-estabelecida, sob pena de acarretar sérios prejuízos aos agentes envolvidos com a atividade.

³³¹ A baixa produtividade e os altos custos na manutenção dos meios de produção não poderão ser ignorados somente para evitar o desemprego, pois futuramente esses mesmos empregados poderão ter seus interesses frustrados pelo insucesso da empresa.

³³² Lei n. 11.101/2005, 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; 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.”

A análise da viabilidade econômica³³³ permite avaliar os ativos e passivos da empresa em conjunto com os investimentos que devem ser feitos, com a situação de mercado em que ela está inserida e com os problemas apresentados e as suas causas. Uma empresa recuperável economicamente deve ser capaz de remunerar regularmente os capitais nela empregados, sob pena de desaparecerem as fontes essenciais de seu financiamento.

O estudo do estado patrimonial da empresa e de seus débitos representa uma análise quantitativa, que pode determinar a reestruturação do capital ou corte de custos. A análise do mercado e as expectativas de demanda dos produtos oferecidos representam uma análise qualitativa, que pode revelar as possibilidades de prosperar no mercado. A averiguação das causas dos problemas que geraram a crise na empresa é relevante, pois possibilita avaliar as possibilidades de superá-los.

Sob o aspecto social, deverá ser avaliado o impacto do encerramento da atividade na comunidade onde a empresa exerce influência e a sua importância em relação aos concorrentes³³⁴, que determinam a aplicação dos princípios da liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Em outros termos, é necessário que a reorganização e o funcionamento da empresa seja importante para a economia local, regional ou nacional que justifique suportar os ônus associados à qualquer medida de recuperação.³³⁵

O princípio base que serve como fundamento axiológico para a conformação de todos os princípios supra-analisados é o princípio da função social da empresa, destinado à concretização dos direitos fundamentais, especialmente o

³³³ Este estudo é exigido como parte integrante do plano de recuperação e deve ser apresentado pelo empresário devedor nos termos do art. 53 da lei n. 11.101/2005:

“Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.”

³³⁴ A manutenção da atividade poderá ser, em determinados setores, um fato importante para a preservação da concorrência, que tem como resultado a exclusão dos agentes menos eficientes ou daqueles menos estruturados. A ausência da concorrência poderá significar o surgimento de monopólios, cartéis e outras formas de abuso do poder econômico.

³³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128.

princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que se possa construir uma sociedade justa e solidária.

5 EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO REGIME BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS

A reformulação que foi dada à Lei de Falência resulta de uma mudança de paradigma jurídico-cultural proporcionada pela constitucionalização, socialização e funcionalização do Direito Privado. Verifica-se a remodelação de um regime que refletia uma ótica liquidatória preponderante e objetivava a repressão ao inadimplemento do devedor, desenvolvida como forma de realização do direito de crédito através da execução coletiva. Essa estrutura foi alterada, pois se percebeu que a falência não podia ser encarada como uma punição ou uma medida restritiva ao empresário, mas sim como medida a ser pautada em princípios que resguardem os interesses dos mais diversos agentes envolvidos no desenvolvimento da atividade empresarial.

Muito mais que a igualdade entre os credores e a segurança do crédito, é o saneamento da empresa que constitui o objetivo essencial do direito falimentar. Essa preocupação é importante para a proteção dos interesses de todos que gravitam em torno dos benefícios que uma empresa em funcionamento pode oferecer. Sendo assim, a função social da empresa encontra-se perfeitamente estabelecida nesse novo regime brasileiro de insolvência empresarial.

5.1 DEMONSTRAÇÕES E EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NA LEI N. 11.101/2005

O caráter socializante presente na Lei n. 11.101/2005 reflete a funcionalização da empresa no direito falimentar brasileiro. Sem a pretensão de esgotar esse estudo, a seguir, serão analisados alguns dispositivos da mencionada lei e demonstradas as suas aplicações e os seus efeitos para a conformação daquele princípio no direito concursal atual, os quais refletem a justiça social, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

5.1.1 Recuperação de empresas

A recuperação de empresas é um instituto jurídico, que tem fundamento na ética da solidariedade e visa reparar o estado de crise

econômico-financeira do empresário, com o objetivo de preservar os negócios sociais e a atividade empresarial, garantir a manutenção dos empregos e assegurar a satisfação, ainda que parcial, dos interesses dos credores³³⁶.

A empresa, como uma unidade econômica, é considerada um centro de equilíbrio econômico-social. É fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção não interessa somente ao empresário, mas também a todos os agentes econômicos envolvidos com a sua manutenção. Por isso, a solução para a crise passa por uma fase de equilíbrio entre os interesses públicos, privados e coletivos.³³⁷

Pelo modelo adotado no regime de insolvência empresarial brasileiro, a superação do estado de dificuldades da empresa dependerá da vontade dos credores e do devedor e da combinação de esforços de todos eles³³⁸. Recuperada, a empresa poderá cumprir a sua função social. Esse instituto, também é um reflexo do princípio da preservação da atividade econômica viável, o qual é o foco presente na Lei n. 11.101/2005.

Se a crise for insuperável, a medida adequada será a falência, que resultará na liquidação do ativo e a transferência da unidade produtiva para outro empresário.

A falência passa a ser uma solução residual, aplicável apenas às empresas economicamente inviáveis. Apesar de ser considerada como um instituto residual, a falência poderá ser a única solução para as empresas que estão descapitalizadas, tecnologicamente atrasadas e precariamente administradas. Assim sendo, a recuperação não deve ser buscada a qualquer custo. Pelo contrário, as empresas inviáveis devem falir para que as saudáveis não se prejudiquem e sejam capazes de produzir riquezas. O aparato estatal não poderá

³³⁶ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121-122.

³³⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

³³⁸ *Ibid.*, p. 120.

ser usado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, pois o risco da atividade poderá ser transferido do empresário para seus credores.³³⁹

5.1.1.1 Natureza Jurídica da Recuperação

Segundo Jorge Lobo³⁴⁰, a recuperação judicial é um ato complexo por abranger um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*. É um ato coletivo processual porque as vontades do devedor e de seus credores se completam e se fundem formando uma e única vontade sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário. É considerada como um favor legal porque é o Estado que concede ao devedor o direito de reparar o estado de crise econômico-financeira em que se encontra com a finalidade de salvar o negócio. É obrigação *ex lege* porque, ao ser concedida por sentença pelo juiz, implica a novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos.

Quanto à natureza jurídica deste instituto, vários são os posicionamentos. Alguns autores consideram a recuperação judicial como um instituto de direito privado em decorrência da sua natureza contratual; outros a consideram com instituto de direito público por se materializar através de uma medida processual; outros ainda têm-na como um instituto de Direito Econômico por se pautar na eficácia técnica situada em uma zona intermediária entre o Direito Privado e o Público.

Sergio Campinho³⁴¹ sustenta que, na recuperação judicial, prevalece a autonomia da vontade das partes para atingir a finalidade recuperatória. A avaliação judicial do plano de recuperação não lhe retira aquele caráter contratual, pois a concessão da recuperação por sentença não tem influência sobre o conteúdo do plano estabelecido entre o credor e seus devedores. A atuação do juiz se restringe à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano, de modo que não pode interferir no seu conteúdo.

³³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

³⁴⁰ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-120.

³⁴¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-12.

Ao considerar a recuperação judicial como um instituto de direito processual, os publicistas fundamentam-se na Lei n. 11.101/2005, a qual assegura ao devedor a proposição da ação de recuperação judicial desde que preenchidos os requisitos formais e materiais. Esta ação judicial teria, assim, natureza constitutiva. Waldo Fazzio Júnior³⁴² explica que a recuperação inicia uma nova conjuntura jurídica que altera as relações jurídicas entre devedor e credor e entre o devedor e a atividade empresarial que exerce. A pretensão que se busca nessa ação é colocar em prática um plano de reorganização da empresa.³⁴³

Jorge Lobo³⁴⁴ defende que a recuperação tem a natureza e as características de um instituto de Direito Econômico. O autor sustenta que este ramo do direito encontra-se localizado em uma zona intermediária entre o Direito Público e o Privado, porque as suas normas não objetivam fundamentalmente concretizar a idéia de justiça, e sim, sobretudo, criar condições e impor medidas que possibilitem o restabelecimento das empresas em estado de crise econômica, ainda que com parcial sacrifício de seus credores.

Nesse sentido, Manoel Justino de Bezerra Filho³⁴⁵ observa que a recuperação, embora seja um procedimento judicial, tem um substrato de caráter marcadamente econômico. Essa característica conduz, no seu entender, à necessidade de que o juiz responsável pelo processo seja assessorado por administradores, contabilistas e economistas, de preferência integrantes do próprio Judiciário, para que os aspectos econômicos determinantes na recuperação possam ser corretamente avaliados pelo magistrado.

Pelo exposto, não se pode afastar a natureza complexa do instituto, o que revela a pertinência dos variados posicionamentos, os quais atribuí-lhe, por um lado, uma natureza contratual e, por outro, uma natureza processual. Esse também

³⁴² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 128.

³⁴³ No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Sérgio Restiffe: “[...] pode-se definir a recuperação judicial de empresas nos moldes a seguir indicados. [...] É pretensão posta em juízo, conotando, portanto, sua natureza jurídico-processual de ação, e não sua concepção negocial, seja contratual, seja processual” (RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a lei n. 11.101, de 09.02.2005*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 47).

³⁴⁴ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123-124.

³⁴⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

é o entendimento de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn³⁴⁶ as quais explicam que a recuperação deriva das vontades individuais de devedor e credores e também resulta do exercício do poder jurisdicional.

5.1.1.2 *Espécies de Recuperação*

A Lei n. 11.101/2005 prevê duas espécies de recuperação: judicial e extrajudicial. São procedimentos independentes, pois a legislação não exige a opção pelo procedimento extrajudicial para que se adote o judicial. A lei não demanda do devedor uma pretensão efetivamente resistida para justificar seu apelo ao poder judiciário.³⁴⁷

Essas duas categorias de recuperação podem ser divididas em cinco formas de tutela judicial que se distinguem em razão da maior ou menor intervenção jurisdicional. A primeira é a recuperação judicial ordinária, procedimento jurisdicionalmente mais complexo, composto por várias fases e atos. A segunda é o procedimento especial de recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70 e ss. da Lei n. 11.101/2005). A recuperação extrajudicial convencional ou facultativa, terceira forma, atinge somente os credores que a ela aderirem (art. 162 da Lei n. 11.101/2005). A quarta forma é a recuperação extrajudicial de homologação obrigatória, que se impõe a todos os credores de determinada classe, desde que cumpridos os requisitos de lei (art. 163 da Lei n. 11.101/2005). Por último tem-se a recuperação extrajudicial aberta, que não é submetida à homologação judicial e consiste em um acordo privado entre o devedor e seus credores.

A recuperação judicial é um mecanismo jurídico processado no âmbito do poder judiciário que propicia a superação de crise econômico-financeira da empresa. O legitimado a propor o pedido de recuperação é sempre o empresário³⁴⁸, que deverá observar as condições previstas no art. 48 e os requisitos do pedido indicados no art.51 da Lei n. 11.101/2005. Após o despacho de processamento do

³⁴⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**: comparações com as posições do Direito Europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.232.

³⁴⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129.

³⁴⁸ Além do empresário admite-se que o sócio remanescente e o cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante do espólio do empresário individual falecido requeiram a recuperação judicial.

pedido, o devedor empresário deverá apresentar o plano de recuperação judicial, que será avaliado pelos credores.

No processo de recuperação judicial o juiz funciona ora como observador dos fatos e atos realizados, ora com um papel mais ativo. A primeira situação é identificada, por exemplo, no processo de elaboração e aprovação do plano de recuperação, no qual caberá ao juiz apenas observar a presença dos requisitos legais e homologar o plano aprovado pelos credores. No segundo papel, ele tem o poder de destituir o administrador, convocar assembléia, nomear gestor provisório e, se identificar a impossibilidade de reorganização da atividade, convolar a recuperação em falência.

Na recuperação extrajudicial convencional ou facultativa, é celebrado um acordo entre o devedor e os seus credores, por livre disposição de vontade, com o objetivo de evitar a quebra e criar condições favoráveis para a reestruturação da empresa. A lei confere a liberdade às partes de celebrarem esses pactos, nos quais poderão ser estipulados qualquer objeto lícito (repactuação de dívidas, remissão parcial de débitos, alteração das condições de pagamentos ou garantias, dentre outros). Esse pacto será levado à homologação para conferir maior eficácia ao exercício de determinados direitos previstos no acordo.

Será possível também que esse acordo levado à homologação judicial estenda seus efeitos a determinados credores que não figuraram como signatários no pacto. Trata-se da recuperação extrajudicial de homologação obrigatória, prevista no art. 163³⁴⁹ da Lei n. 11.101/2005.

Na recuperação judicial ou na recuperação judicial de homologação obrigatória todos os credores se submetem ao plano aprovado pela maioria.

³⁴⁹ Lei n. 11.101/2005 “Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

§ 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

§ 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas”.

A recuperação extrajudicial aberta é um acordo privado entre devedor e seus credores, celebrado em caráter privado, com a observância dos requisitos gerais de qualquer negócio jurídico, sem a necessária interferência estatal.

5.1.1.3 O Custo da Recuperação de Empresas

Os benefícios da recuperação para o empresário justificam-se como medida de socialização das perdas decorrentes do risco³⁵⁰ inerente às atividades empresárias. Mesmo com o esforço e a competência empreendidos pelo empresário e com uma atuação adequada no sentido de prover a empresa com os mecanismos de produção ou comercialização modernos, ainda que ocorra a realização de estudos de mercado e que mantenha um eficiente controle de qualidade, o negócio pode não dar certo. Inúmeros fatores podem acontecer que fogem ao controle do empresário, como as variações na estrutura ou conjuntura econômica regional, nacional ou global; a concorrência desleal; a queda de demanda pelos consumidores, dentre outras.³⁵¹

Dessa forma, pode ser considerada justa a socialização das perdas provocadas pelo risco do empresário, o que explica o modo pelo qual a legislação regula o procedimento da recuperação. Contudo, nem toda empresa deve ser recuperada, pois a reorganização da atividade econômica gera um custo para a sociedade.

Os investimentos no negócio em crise, as perdas totais ou parciais do crédito, a transformação de créditos em participação no capital no devedor e outras medidas geram custos aos agentes econômicos envolvidos. Esses custos são repassados aos seus respectivos preços, em decorrência das taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor. Assim, os encargos da reorganização das empresas recaem na sociedade como um todo, pois o crédito bancário, os produtos e os serviços oferecidos ficam mais onerosos.³⁵²

³⁵⁰ Cf. Seção 2.2.4.2

³⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192.

³⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

Por isso, não se pode utilizar a recuperação de empresas como um valor absoluto. As normas que versam sobre a recuperação de empresas demandam uma avaliação, por parte principalmente do Judiciário, não somente com base no interesse ou na sua função social, mas também na eficiência econômica gerada por sua aplicação. Nesse sentido, a escola de Direito & Economia³⁵³ utiliza o suporte econômico para verificar a interferência da norma legal na atividade econômica.

A recuperação de empresas, conforme já visto, afeta diretamente a atividade do empresário devedor, dos agentes econômicos envolvidos com a sua atividade e a sociedade. Essa situação conduz à análise da forma pela qual a legislação deverá ser aplicada de forma a gerar um menor custo social. Dentro dessa linha de estudo, é possível utilizar o Teorema de Coase como um dos critérios a ser utilizado, pois oferece meios para perceber como uma regra legal deve ser considerada em termos de eficiência econômica³⁵⁴.

O problema examinado pelo Teorema de Coase diz respeito às ações de empresas que causam prejuízos a outros³⁵⁵. Um dos exemplos utilizado por H. Coase para ilustrar esse raciocínio é o caso de uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A questão, segundo ele, não penalizar a fábrica por dano ambiental, mas entender se o que a fábrica produz, causando poluição ao rio, é mais valioso que os peixes ou não³⁵⁶. Pelo critério da eficiência, poderá ser mais eficiente para a comunidade, permitir que a fábrica continue funcionando, mesmo poluindo os rios, uma vez que ela gera empregos, renda, paga impostos, etc. do que interromper a sua atividade.

No regime falimentar, a utilização do teorema de Coase levaria à análise das externalidades dos efeitos da recuperação e da falência, para ser possível avaliar qual dos procedimentos geraria um menor custo social. Essas externalidades podem ser positivas ou negativas. São negativas, por exemplo, o sacrifício suportado pelos credores com a redução ou perda de seus créditos, os

³⁵³ Cf. nota n. 5.

³⁵⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.108.

³⁵⁵ COASE, Ronald Henry. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 95.

³⁵⁶ COASE, Ronald Henry. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 96.

custos do processo, a redução de postos de trabalho, etc. São positivas: a manutenção dos empregos e de renda para os trabalhadores, o pagamento de impostos, a satisfação das necessidades dos consumidores, dentre outras.

Dessa forma, a recuperação do empresário não pode ser aplicada a qualquer situação. Se os custos da recuperação forem maiores que o custo da falência para a sociedade, melhor será a decretação da falência do empresário. A recuperação deve demonstrar que tem condições de devolver à sociedade, quando recuperada, pelo menos uma parte do sacrifício feito para salvá-la.³⁵⁷

5.1.1.4 Recuperação e Função Social da Empresa

A função social pode ser considerada como uma aplicação efetiva do princípio da solidariedade social, o qual encontra reflexo na atividade empresarial a partir de um equilíbrio entre o interesse econômico e o interesse social. Na Lei n. 11.101/2005 a recuperação deverá buscar uma harmonia entre os diversos interesses, e não apenas a proteção de determinados grupos ou categorias de agentes econômicos.

Para alcançar os seus diversos objetivos e atender aos interesses das partes envolvidas, harmonizando os direitos de cada um de forma equânime, Jorge Lobo³⁵⁸ defende que nesse processo deve-se impor a cooperação, a conciliação, a luta para a realização dos fins comuns, a busca de soluções equitativas e a composição dos interesses conflitantes para que se possa salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, a fim de ela possa cumprir a sua função social.

O fundamento da recuperação na ética da solidariedade faz com que os conflitos de ordem patrimonial, no âmbito do Direito Concursal, se estendam e englobem interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que devem ser

³⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.

³⁵⁸ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

considerados pelo devedor quando ajuíza a ação de recuperação e elabora o plano, e, pelos credores quando deliberam na assembléia geral.³⁵⁹

O art. 47 da Lei n. 11.101/205 funciona como diretiva de interpretação, como norma-objetivo³⁶⁰ que tem a finalidade de fixar os propósitos a serem atingidos ou expressar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários. São considerados resultados: a superação da crise, a manutenção da fonte produtora de riquezas e a preservação da empresa. O meio para alcançá-los é a recuperação judicial.

A observância do disposto no art. 47³⁶¹ da Lei n. 11.101/2005 deve ter por finalidade a realização máxima do bem-estar econômico e coletivo. Sendo assim, pode ser considerado um mandamento nuclear da recuperação e todos os demais dispositivos devem ser interpretados a partir de sua moldura. Verifica-se nesse dispositivo que a superação da crise econômico-financeira do empresário devedor será destinada a permitir a preservação não somente dos interesses do empresário, mas também dos credores, trabalhadores, consumidores, dentre outros.

A partir da análise dos objetivos da recuperação inseridos no art. 47 é possível identificar a dificuldade em compatibilizar todos eles. Numa dimensão interna, percebe-se a necessidade de preservação da empresa e dos postos de trabalho. Já, externamente, deve-se conciliar a função social, o estímulo à atividade econômica e os interesses dos credores.

A harmonização dos fins e princípios da recuperação judicial é possível através da ponderação, que significa “atribuir pesos a elementos que se

³⁵⁹ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127-128.

³⁶⁰ Essas expressões são utilizadas por Alberto Camiña Moreira (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 265).

³⁶¹ Lei n. 11.101/2005, 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.”

entrelaçam³⁶² com a finalidade de resolver os conflitos normativos. Jorge Lobo³⁶³ explica que, na recuperação judicial, a assembléia geral de credores e o juiz³⁶⁴ deverão utilizar a ponderação de fins para concluir que o caso concreto pode determinar a privação dos interesses da empresa e de seus sócios em benefício dos empregados, ou dos direitos dos empregados e credores em favor da empresa. Também deverão aplicar a ponderação de princípios (conservação e a função social da empresa, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a segurança jurídica e a efetividade do Direito) quando entre eles houver conflitos.

5.1.2 Manutenção dos contratos na falência e na recuperação

³⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 143.

³⁶³ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128-129.

³⁶⁴ Em uma decisão proferida nos autos do processo nº 390/2005, do 1º Ofício Cível da Comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, é possível verificar claramente a ponderação de fins e princípios utilizada pelo juiz Luiz Henrique Miranda quando faz prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa sobre o disposto no art. 57 da Lei n. 11.01/2005: “[...] Enfim, aprovado o plano de recuperação, pelos credores, resta verificar se a Autora merece ver deferido seu pedido, uma vez que ela não cumpriu com a exigência ditada pelo art. 57 da Lei que rege a matéria. [...] trata-se de norma cogente: aprovado o plano, de forma tácita ou em assembléia, cabe ao devedor, para ver deferido seu pedido de recuperação, apresentar prova de estar quite com o fisco. E, como a Autora não satisfaz essa exigência, a consequência lógica seria o indeferimento de seu pleito, com a consequente extinção do processo. A solução, contudo, não pode ser tão simplista. Como é sabido, o instituto da recuperação judicial foi inspirado no princípio constitucional da função social da empresa, que, por sua vez, se coliga com o princípio da dignidade da pessoa humana. A empresa, na ordem constitucional vigente, tem – ou deve ter – uma função social, não podendo se prestar apenas à satisfação dos interesses do empresário. Acima destes, estão os postulados básicos da sociedade pretendida pelo constituinte, onde a empresa se encaixa como veículo para a livre iniciativa e livre concorrência, para a produção de riquezas compartilháveis (mercê da tributação dos resultados positivos obtidos, e para, sobretudo, a dignificação do ser humano, através da geração de empregos que permitam às pessoas valorizar-se pelo trabalho e pela renda por meio dele obtida. E uma empresa que cumpre com esta função não poderia ficar desprotegida no cenário econômico e sujeita, indefesa, à inconstância do mercado, notadamente nestes tempos de economia globalizada, sob pena de, em algum momento, o interesse de um ou de poucos credores sobrepor-se ao interesse maior da coletividade, como, aliás, vinha sistematicamente ocorrendo durante a vigência do Dec-lei 7.661/45.[...] Enfim, a exigência de apresentação de certidões negativas – que na prática, equivale a impor ao empresário estar em dia com as obrigações fiscais e previdenciárias – inviabiliza a recuperação judicial. Fazendo-o, conflita com o princípio constitucional da função social da empresa e com outros que a ele se ligam, entre os quais o da dignidade da pessoa humana. E, na colisão de princípio e norma, prevalece aquele, devendo ser dispensada a Autora, destarte, da apresentação das certidões” (PERIN JÚNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar**: de acordo com a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. 2006. 251 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 213.)

O contrato é um negócio jurídico entre duas ou mais partes com o objetivo de se transmitir direitos entre elas ou ainda excluir ou modificar deveres. Esse tipo de relação jurídica se manifesta de diversas maneiras, variando em complexidade, forma, tempo, garantias, dentre outros elementos. Pode-se dizer ainda que são instrumentos essenciais para o desenvolvimento das atividades empresariais, pois participam da empresa desde sua constituição até seu encerramento.

Numa economia moderna, os agentes realizam contratos continuamente, das mais variadas forma. Interessa para o sistema legal, não somente a regulação desses instrumentos, mas também a garantia do cumprimento dos direitos decorrentes deles.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi³⁶⁵ defendem que os contratos “são sempre incompletos, imperfeitos e passíveis de alteração”, na sua execução, pela mudança de vontade das partes contratantes, por determinados eventos, ou porque algum fato novo impediu a adesão deles ao que foi previamente acordado. A falência ou a recuperação de empresas constituem eventos que ocasionam modificações na execução dos contratos.

Uma das grandes preocupações ocorridas com a decretação da falência ou a concessão da recuperação judicial de um empresário é a regulamentação dos contratos firmados pelo devedor. Normalmente se questiona a influência da decisão que determinou o processamento da recuperação ou a decretação da falência nos contratos que não produziram completamente seus efeitos jurídicos, ou seja, nos contratos de execução diferida.

No processo falimentar, os contratos recebem tratamento jurídico diferenciado. A disposição geral sobre os contratos na falência autoriza a resolução

³⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.117.

dos bilaterais não cumpridos³⁶⁶ e, dos unilaterais³⁶⁷⁻³⁶⁸, por decisão do administrador judicial, mediante autorização do comitê de credores. Esta decisão deve ser tomada no interesse da massa falida, ou seja, no sentido de reduzir ou evitar o aumento do passivo ou, se necessário, manter e preservar os ativos³⁶⁹.

Essa decisão que será tomada pelo administrador judicial deverá ser pautada no elemento da eficiência. Em termos econômicos, a “eficiência se refere à relação entre os benefícios e os custos agregados a uma situação”³⁷⁰. Um conceito mais apurado de eficiência foi construído por Vilfredo Pareto e é denominado eficiência de Pareto ou *ótimo de Pareto*. O ótimo de Pareto é a circunstância em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem agravar a condição de pelo menos outro agente. Uma situação não é eficiente se houver algo que possa ser realizado para favorecer alguém, sem ocasionar prejuízos para ninguém³⁷¹.

Outro critério de eficiência é o denominado princípio de Kaldor-Hicks que leva em consideração a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um individualmente. Dessa forma, se uma circunstância gera um excedente maior que a outra, ou seja, o ganho dos vencedores supera o prejuízo dos perdedores, ela é tida como mais eficiente que a outra. Esse critério de eficiência leva à situação na qual aqueles que têm ganhos podem compensar os que perderam, mantendo um ganho líquido positivo ao final.

Essa teoria pode ser transportada para a análise do dispositivo que versa sobre a decisão do administrador na execução ou não dos contratos nos

³⁶⁶ Lei n. 11.101/2005, Art. 117. “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”.

³⁶⁷ Lei n. 11.101/2005, Art. 118. “O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada”.

³⁶⁸ Em relação aos contratos unilaterais a possibilidade do administrador dar cumprimento às suas obrigações somente tem sentido se for obrigação de fazer ou não fazer.

³⁶⁹ Excluem-se da abrangência desta norma geral e da possibilidade de serem resolvidos pela decretação da falência, os contratos bilaterais cuja execução já tenha sido iniciada por qualquer das partes.

³⁷⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.120.

³⁷¹ *Ibid.*, p.120-121.

quais o falido figurar como parte. Como a decisão pela manutenção deve ser pautada na maximização dos ativos, e não caberá a outra parte outra atitude senão aceitar a execução do contrato, verifica-se a melhora da situação do falido em detrimento do outro contratante. Contudo, com a maximização dos ativos gerada pela preservação e execução do acordo, o contratante que irá se habilitar na massa falida terá maiores chances de receber seu crédito diante do favorecimento da situação patrimonial do falido.

Assim, a possibilidade de haver transferências compensatórias significa a eficiência da decisão do administrador na execução do contrato. “Em termos econômicos, representa o uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos”³⁷².

Ainda com o propósito de otimizar os bens integrantes da massa falida objetiva, poderá o administrador judicial celebrar contratos³⁷³ com o objetivo de produzir renda para a massa falida. O art. 114³⁷⁴ da Lei n. 11.101/2005 prevê esta possibilidade, mas ressalva que o bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se o instrumento, salvo se houver anuência do adquirente.

Na recuperação judicial não existe norma expressa sobre os efeitos dos contratos bilaterais. Da análise do § 2º do art. 49³⁷⁵ da Lei n. 11.101/2005 é possível concluir que os contratos do devedor não se resolvem com o deferimento do processamento da recuperação e se submetem às condições originalmente contratadas ou definidas em lei, salvo disposição diversa no plano. Esse efeito

³⁷² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.122.

³⁷³ Esses contratos têm por objetivo dar uma fruição econômica aos bens arrecadados. Pode-se citar como exemplos o contrato de locação ou de arrendamento.

³⁷⁴ Lei n. 11.101/2005, Art. 114. “O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contrato disposto no caput deste artigo não gera direito de preferência na compra e não pode importar disposição total ou parcial dos bens.

§ 2º O bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se, sem direito a multa, o contrato realizado, salvo se houver anuência do adquirente”.

³⁷⁵ Lei n. 11.101/2005, Art. 49. [...] “§ 2o As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”.

ocorre porque na recuperação o devedor não perde a administração de seus bens e deve cumprir seus contratos.

O êxito da preservação da atividade e o benefício à massa conduz a Lei n. 11.101/2005 a estabelecer um regime jurídico distinto do previsto na avença ou na lei específica de cada contrato. Trata-se de uma previsão necessária para que se possa adequar os interesses dos agentes envolvidos com o empresário devedor. É possível perceber que a condição mais desfavorável para uma ou outra parte tem por objetivo ajustar o acordo às circunstâncias econômicas e sociais que envolvem a empresa em crise.

A Lei n. 11.101/2005 trouxe um tratamento diferenciado para alguns contratos financeiros e os contratos administrativos de concessão de serviço público. Em relação aos contratos financeiros³⁷⁶ de arrendamento mercantil, alienação fiduciária em garantia, compra com reserva de domínio e adiantamento a contrato de câmbio, a lei os tornou imunes à recuperação judicial e extrajudicial³⁷⁷. Quanto aos contratos administrativos de concessão de serviço público, a falência se tornou causa de rescisão contratual.

Os dispositivos que tratam dos contratos financeiros acima mencionados são bastante criticados pela doutrina por representar um privilégio excessivo às entidades financeiras, podendo inclusive dificultar as condições de recuperação. Isso porque a Lei n. 11.101/2005 prevê o prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor. Tão logo seja atingido esse

³⁷⁶ Lei n. 11.101/2005, Art. 49 [...] “§ 3o Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4o do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4o Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”

Lei n. 11.101/2005, Art. 86. [...] “II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3o e 4o, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;”

³⁷⁷ Lei n. 11.101/2005, Art. 161. “O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. § 1o Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3o, e 86, inciso II do caput, desta Lei.”

prazo o devedor poderá ser executado e lhe ser retirados os bens que garantem esses contratos.³⁷⁸

Do ponto de vista das instituições financeiras, essa regulamentação gera a vantagem de poder verificar quais são os riscos do negócio desde a contratação. Por não se submeterem à falência ou recuperação, esses contratos poderão ter um menor impacto na formulação de seus preços.³⁷⁹

Contudo, mesmo diante da possibilidade de retirada dos bens objeto desses contratos é possível encontrar decisões de tribunais³⁸⁰ que se posicionam

³⁷⁸ Nesse sentido são os posicionamentos de Paulo Penalva Santos e Manuel Justino Bezerra Filho: “Esses contratos bilaterais na se sujeitam ao plano de recuperação judicial, ficando apenas suspensas as ações dos credores pelo prazo improrrogável de 180 dias. Essa situação reduz substancialmente a utilidade da recuperação judicial para devedores de dependam desses bens arrendados ou alienados fiduciariamente para a continuação de suas atividades” (SANTOS, Paulo Penalva. Os Contratos na Recuperação Judicial e na Falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 437); “Os bens alienados fiduciariamente, arrendados ou objeto de reserva de domínio, serão retirados em 180 dias, e o pagamento do adiantamento do contrato de cambio também será exigido após tal prazo, prazo que se afigura claramente insuficiente para propiciar condições de recuperação” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 52).

³⁷⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Por uma nova dogmática para o Direito privado: Direito Privado e a noção funcional dos contratos empresariais. 2008. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. Anais eletrônicos... Brasília: Fundação Boiteux, 2007. p. 2879-2898. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_carla_pereira_ribeiro.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008, p. 2896.

³⁸⁰ Interessante notar as ementas de duas decisões proferidas na 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que discorrem sobre a necessidade da manutenção dos bens objeto de contrato de arrendamento mercantil na posse do empresário devedor para que se torne possível a sua recuperação: “AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557 DO C.P.C. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. LIMINAR IMPEDINDO AS CREDORAS RECORRENTES DE RETOMAREM AS AERONAVES OBJETO DA AVENÇA . I) Incompetência do Juízo. Inadequação da via eleita. Impossibilidade jurídica do pedido. Modalidade da avença firmada entre as Partes. Questões que devem ser dirimidas inicialmente em sede *a quo*. Decisão diversa, oriunda deste E. Sodalício, que malferiria os Princípios do livre Convencimento Motivado do Julgador, além do Duplo Grau de Jurisdição, porquanto estaria o órgão Monocrático adstrito ao que restou assentado em Instância Superior. II) Liminar obstando a Requerida de retomar as Aeronaves que foram objeto de Contrato Mercantil firmada entre as Partes. Liminar. Deferimento. Possibilidade na hipótese dos autos. III) Empresas Requerentes que tivera a sua Recuperação Judicial deferida R. julgado *a quo* que bem analisou os fatos diante da nova legislação que rege a matéria IV) Retomada das Aeronaves que comprometeria o desenvolvimento das Devedoras e a própria recuperação pretendida Cancelamento de vôos agendados que ensejaria a desconfiança dos passageiros e proporcionando uma avalanche de lides indenizatórias decorrentes do não cumprimento das obrigações contratuais assumidas. V) Aspecto de âmbito nacional e social Exegese dos arts. 47, 48 e 49 caput e §§ 2º e 5º da Lei nº. 11.101 de 09.02.2005 (Nova Lei de Falências). VI) Ausência de violação ao artigo 199 do mesmo Diploma Legal. VII) Só se revoga deferimento ou não de liminar, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos. Súmula n.º 58 deste C. Sodalício. VIII) O *fumus boni iuris* e o *periculum in Mora* devem se apresentar de forma indiscutível para fins de deferimento de mérito. O *fumus boni iuris* não se limita á possibilidade jurídica da ação principal, mas, também, a forte certeza do sucesso dela. IX) Manifesta

em sentido inverso de forma a impedir que os credores retomem os bens do empresário em recuperação. Essas decisões tiveram por fundamento o argumento que a retomada dos bens comprometeriam a recuperação e a execução dos contratos frente aos consumidores, podendo gerar diversas lides indenizatórias decorrentes do não cumprimento das obrigações assumidas.

Com isso, é possível observar que, mesmo diante da possibilidade deixada pelo legislador em benefício de uma classe de credores, os tribunais têm proferido suas decisões no sentido do princípio orientador da recuperação que é a preservação e a função social da empresa.

Estes dispositivos podem ser interpretados como aplicação da função social da empresa, pois ainda que o empresário esteja submetido a um processo que resultará na sua extinção ou reestruturação, admite-se a manutenção dos vínculos contratuais firmados, sempre com o escopo manter valorizado o ativo empresarial e por consequência não prejudicar os entes envolvidos com o empresário devedor.

5.1.3 Realização do ativo

Na falência, como em todo processo de execução concursal, existe um momento em que os bens e direitos arrecadados são transformados em dinheiro. Esse dinheiro será aplicado no pagamento das obrigações da falência e

improcedência do recurso que autoriza a aplicação do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal, sendo desinfluyente a existência de Súmula de Colendo Sodalício Superior sobre o tema. Não obstante, R. Julgado que se baseou na Súmula n.º 58 deste Egrégio Tribunal. IX) Negado Provimento. (TJRJ, 4ª Câmara Cív., AgIn 2005.002.16536, Des. Reinaldo P. Alberto Filho)”.

“AGRAVO INOMINADO. ARTIGO. 557 DO C.P.C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. AERONAVES. LIMINAR INDEFERIDA. Prevenção factual deste Colendo órgão Fracionário. Liminar. Impassibilidade na hipótese dos autos. Empresa Ré que teve a sua Recuperação Judicial deferida. R. julgado a quo que bem analisou os fatos diante da nova legislação que rege a matéria. Retomada das Aeronaves que comprometeria o desenvolvimento da Devedora e a própria recuperação pretendida. Cancelamento de vôos agendados que ensejaria a desconfiança dos passageiros e proporcionando uma avalanche de lides indenizatórias decorrentes do não cumprimento das obrigações contratuais assumidas. Aspecto de âmbito nacional e social Exegese dos arts 47, 48 e 49 caput e §§ 2º e 5º da Lei nº. 11.101 de 09.02.2005 (Nova Lei de Falências). Ausência de violação ao artigo 199 do mesmo Diploma Legal. Existência de liminar deferida no Juízo Falimentar que proíbe a retomada das Aeronaves. Negado Provimento. (TJRJ, 4ª Câmara Cív., AgIn 2005.002.16347, Des. Reinaldo P. Alberto Filho)”. (grifos nossos) (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 98-100).

de seus credores, na ordem que a lei estabelece. Sendo assim, realizar o ativo é iniciar a venda dos bens para possibilitar o pagamento dos credores.

Na Lei n. 11.101/2005, a realização do ativo na falência sofreu profunda alteração em relação ao regime do Decreto-Lei n. 7.661/1945³⁸¹, pois ela terá início assim que se complete a arrecadação de bens, com a juntada aos autos do processo, do auto de arrecadação, independentemente da formação do quadro geral de credores³⁸². Conquanto a Lei de Falência tenha determinado que logo após a arrecadação dos bens, será iniciado o procedimento de venda dos bens, o termo inicial depende de outros fatores, entre eles, a elaboração de um plano de venda dos bens pelo administrador judicial.

Essa alteração se deve ao objetivo central da falência, que consiste na liquidação judicial do patrimônio do empresário falido visando à preservação do valor do ativo e a utilização produtiva dos bens, que somente se alcança através de procedimentos que garantam a eficiência na realização do ativo.

O valor total do ativo deve sempre ser maximizado³⁸³ a fim de produzir a maior quantidade de dinheiro possível para os credores. O objetivo da maximização dos ativos se inicia com a determinação de manter a empresa em funcionamento, quando possível, mesmo depois de decretada a falência³⁸⁴. A manutenção da atividade evita a depreciação dos bens móveis e imóveis e eleva o valor da empresa para a venda.

A alienação dos bens da falida também deve objetivar a maximização dos recursos da massa, bem como a possibilidade de aproveitamento de toda a

³⁸¹ No Decreto-lei nº 7.661/1945 identificava duas fases distintas: a fase em que se implementavam as formações da massa falida objetiva e subjetiva, com a arrecadação do patrimônio do devedor e a apuração dos débitos; e a fase de liquidação em que o ativo seria liquidado para a satisfação do passivo falimentar. Entre esses períodos abria-se a oportunidade para o devedor restabelecer sua atividade obtendo o benefício da concordata suspensiva. (CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.)

³⁸² Lei n. 11.101/2005, Art. 140. “§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores”.

³⁸³ Lei n. 11.101/2005, Art. 75. “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

³⁸⁴ Lei n. 11.101/2005, Art. 99. “A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;”

organização empresarial para que outro agente econômico possa explorar. Isso fica bastante claro pela ordem de preferência³⁸⁵ estabelecida para a alienação, bem como, quando trata do objetivo da falência ao afastar o devedor de suas atividades.

A primeira forma de alienação, prevista no art. 140, I da Lei n. 11.101/2005, consiste na venda de todos os estabelecimentos em bloco³⁸⁶. Essa forma tende a preservar a integração e a organização existente entre os ativos tangíveis e intangíveis, o que aumenta o interesse dos investidores pela compra do negócio em razão da redução de custos para a entrada no mercado.

A preservação dos estabelecimentos como unidade de produção proporciona um aumento em eficiência operacional e representa uma valorização da organização. A organização dos bens que compõem um estabelecimento acarreta uma valorização maior do conjunto do que dos bens após o seu desmembramento porque a eficiência e a sinergia entre bens e ações externas deixam de existir. Por isso é esperado que se obtenha um preço mais elevado na venda de todos os estabelecimentos em operação do que quando os bens são alienados isoladamente.³⁸⁷

Como o processo de falência deverá buscar o mais elevado resultado financeiro com a alienação do ativo, a transferência dos estabelecimentos em bloco que reflitam uma atividade econômica operacionalmente organizada, representará maiores probabilidades de satisfazer as pretensões dos credores, em razão do maior preço obtido.

Além do benefício aos credores, os consumidores também são favorecidos, pois a continuidade de oferta de bens ao mercado lhes confere alternativas de satisfazerem suas necessidades, ademais, o desmanche do

³⁸⁵ Lei n. 11.101/2005, Art. 140. “A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados”.

³⁸⁶ No inciso I e II do art. 140, a palavra empresa é empregada como objeto de direito, como complexo de estabelecimentos, o que revela uma imprecisão terminológica. Tal imprecisão foi bem observada por Rachel Sztajn, a qual explica que empresa não é objeto de direito, mas sim o estabelecimento pode ser “objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos, compatíveis com sua natureza” (SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 420).

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 420-421.

estabelecimento poderá gerar a perda da clientela. Quanto aos trabalhadores, surge a possibilidade de retornarem aos seus postos de trabalho, o que acarreta a redução do desemprego e a geração de renda.

Na alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente (art. 140, II da Lei n. 11.101/2005), o objetivo é alcançar maiores rendimentos com a venda individualizada de cada unidade de produção, organizadas e funcionalizadas, levando-se em conta as reais condições individualmente consideradas. Esta forma de alienação será a mais recomendada se o conjunto de estabelecimentos não interessar a ninguém ou se não representarem uma vantagem, mas apenas um ônus administrativo. Também deverá ser avaliada a possibilidade das unidades operarem autonomamente, de forma independente das demais, sem perder a característica de unidade organizada e eficiente para o exercício de uma atividade ³⁸⁸.

A terceira forma de alienação consiste na alienação em bloco dos bens que integram os estabelecimentos do devedor. Nessa opção, deve-se identificar a agregação de alguns bens do ativo que possam atrair mais facilmente os adquirentes e possam integrar outros estabelecimentos ou servir para organizar novo estabelecimento.

A venda de partes do ativo que estão relacionados entre si para o exercício da atividade empresarial, poderá significar que o adquirente terá à sua disposição um conjunto de bens necessários, para que, em um pequeno período, possa retomar ou iniciar a sua atividade. É uma solução adequada para o adquirente que conhece o setor, utilizar os equipamentos adequados para o que pretende, sem precisar encomendá-los, fazer testes, ou outras medidas que demandem tempo e dinheiro. ³⁸⁹

Por último, a lei apresenta a alienação dos bens de forma individualizada, que serão retirados do estabelecimento para o oferecimento aos licitantes interessados. Esta é a forma residual de alienação do ativo, quando as

³⁸⁸ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 422.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 420.

outras hipóteses forem inviáveis. Ela implica na desorganização do estabelecimento, e conseqüentemente, na perda de esforços.

A lei ainda possibilita a utilização de mais de uma forma de alienação se constituir a solução mais eficiente para a massa falida. Nesse sentido, pode-se identificar uma situação em que um ou alguns bens possuam o valor superior ao total avaliado para o conjunto do estabelecimento e, sendo assim maior benefício será obtido com a venda isolada de tais bens.

Um dos critérios que podem ser utilizados para definir a melhor forma de alienação dos ativos é a manutenção da eficiência da produção, pois este elemento poderá gerar maior resultado econômico-financeiro. Assim, do resultado percebido com a venda, paga-se um número maior de credores, e produz-se uma situação “em que o ganho social com a transferência dos ativos é maior do que a perda individual dos credores”.³⁹⁰

As alternativas indicadas no art. 140 da Lei n. 11.101/2005 determinam os limites para a decisão do administrador, no momento da elaboração do plano de venda dos bens. A escolha de qualquer das alternativas ou a conjugação de mais de uma forma, deverá ser justificada, em razão do interesse dos credores no resultado da liquidação do ativo.

5.1.4 Sucessão das obrigações

Um dos pontos mais importantes numa lei de recuperação de empresas e falências é a sucessão de obrigações relacionada à alienação do ativo. Evaristo de Moraes Filho³⁹¹ explica a sucessão de obrigações como uma modificação subjetiva, uma alteração do sujeito de direito, seja ativo (credor) ou passivo (devedor). Dessa forma, o mesmo autor³⁹² esclarece que a caracterização da sucessão depende que a relação jurídica permaneça a mesma, sem mudança

³⁹⁰ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.54.

³⁹¹ MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e teoria da empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1, p. 52.

³⁹² *Ibid.*, p. 75.

do vínculo obrigacional, com o mesmo conteúdo e objeto; e que o sujeito seja substituído por outro, assumindo o seu lugar nos direitos, obrigações ou em ambos.

De maneira mais sintética, Marcelo Andrade Feres³⁹³ define sucessão como “o fenômeno de substituição de um sujeito da relação jurídica por outro, permanecendo ela viva para operar seus efeitos diante de um novo sujeito”.

A partir do conceito de sucessão, a questão que se apresenta é a possibilidade, os limites e as vantagens de sua aplicação na falência e recuperação de empresas com a transferência do ativo para terceiros. Antes de analisar essa questão, será feita uma prévia abordagem da sucessão na legislação empresária, trabalhista e tributária.

O Código Civil de 2002, quando trata da alienação do estabelecimento empresarial, prevê³⁹⁴ a responsabilidade do adquirente por todas as obrigações ligadas ao estabelecimento, desde que contabilizadas, e o mantém como co-devedor pelo prazo de um ano, contado da data do trespasse³⁹⁵, quanto aos débitos vencidos, e da data do vencimento, quanto aos vincendos.

Autores como Fábio Ulhoa Coelho³⁹⁶ e Fábio Tokars³⁹⁷ defendem que esta norma causou uma aproximação entre os conceitos de patrimônio e estabelecimento, revelando-se imprópria, porque o estabelecimento é um elemento integrante do patrimônio, e não abrange os débitos e os créditos, mas somente um conjunto de bens.

Nesse dispositivo, percebe-se claramente a intenção em proteger o credor em razão da redução patrimonial do alienante após a efetivação do trespasse. Essa regra é objeto de diversas críticas, pois ao lado de estabelecer uma tutela ao sistema de crédito, o legislador também deverá estimular a iniciativa

³⁹³ FERES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial**: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 165.

³⁹⁴ CC/2002, “Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

³⁹⁵ Trespasse é a operação pela qual se dá a compra e venda de estabelecimento. Sendo assim, “o estabelecimento deixa de integrar o patrimônio de um empresário e passa para o de outro” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 116-117).

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 118.

³⁹⁷ TOKARS, Fábio. **Estabelecimento Empresarial**. São Paulo: LTr, 2006, p.120.

do empreendedor em desenvolver novas atividades, gerando mais empregos, recolhimentos de mais tributos e maior circulação financeira no mercado.³⁹⁸

Vale ressaltar que, embora o alienante e o adquirente tenham pactuado que não ocorrerá a sucessão, esse acordo não terá validade para os credores, os quais poderão executar o adquirente e o alienante no prazo de solidariedade estabelecido em lei. Diante da existência desse acordo, restará ao adquirente somente buscar em regresso a efetividade da cláusula contratual em face do alienante.

Em relação ao passivo trabalhista e tributário, a regra do art. 1.146 do CC/2002 não é aplicada, cabendo nesses casos a regulamentação da legislação específica.

A questão pertinente à responsabilidade pelos créditos trabalhistas diante da sucessão de empregadores decorrente da alienação do estabelecimento ou de modificações empresariais (cisão, fusão, incorporação e outros) é regulada pelos artigos 10 e 448 da CLT³⁹⁹ - Consolidação das Leis Trabalhistas.

A sucessão na legislação trabalhista, não vincula o empregado à pessoa do empregador, mas à empresa como uma organização econômica. Dessa forma, a mudança de titularidade da unidade econômica de produção (estabelecimento) não afeta o contrato de trabalho e os direitos já adquiridos pelo trabalhador. Neste caso, o sucessor assumirá a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações decorrentes dos vínculos empregatícios não rescindidos antes de completar-se a transferência.

Esse argumento é reforçado, pelo fato de não haver óbice para a substituição do empregador como sujeito do contrato de trabalho. A natureza *intuitu personae*, em tal contrato, existe apenas em relação à pessoa do empregado, conforme defende Délio Maranhão⁴⁰⁰.

³⁹⁸ TOKARS, Fábio. **Estabelecimento Empresarial**. São Paulo: LTr, 2006, p.121.

³⁹⁹ CLT, "Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados".

"Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".

⁴⁰⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 309.

Outrossim, o estabelecimento como uma organização dos fatores de produção, tem valor econômico e não está indissolúvelmente ligado à quem está em seu controle⁴⁰¹. Além disso, não se pode falar em alienação de estabelecimento como organização produtiva, quando ocorrer a transferência de bens isolados.

É preciso que se pretenda a alienação do que se chama de aviamento, um conjunto organizado dos fatores de produção capaz de gerar rendimentos de forma autônoma, ainda que seja uma parte do estabelecimento. Quando ocorrer a alienação de parte do negócio que não possa ser considerada como uma unidade econômico-produtiva, não há que se falar em alienação de estabelecimento e muito menos em sucessão de empregador.⁴⁰²

O objetivo da legislação trabalhista com o instituto da sucessão trabalhista é assegurar os princípios da intangibilidade dos contratos de trabalho e da manutenção dos empregos existentes, no conjunto da organização empresarial em modificação.

Em relação às obrigações tributárias, a responsabilidade dos sucessores, em decorrência de aquisição de estabelecimento e de modificações societárias, é regulada pelos artigos 132 e 133 do CTN – Código Tributário Nacional⁴⁰³.

Na hipótese de alienação de estabelecimento, a legislação distingue duas situações para a responsabilidade do sucessor: quando o alienante deixa de explorar atividade econômica, ou se continua a exploração de alguma atividade, mesmo que diversa da explorada antes da alienação, nos seis meses seguintes à operação. Na primeira situação, a responsabilidade do adquirente é direta e

⁴⁰¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 311.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 313.

⁴⁰³ CTN, “Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”.

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

integral. Na segunda, o adquirente responde subsidiariamente, ou seja, somente em caso de insolvência ou falência do alienante.

É importante lembrar que a sucessão tributária somente ocorrerá, em quaisquer das situações acima, se o adquirente continuar explorando a mesma atividade econômica do sucedido. Caso contrário, não responde pelas obrigações tributárias, nem direta, nem subsidiariamente.

Com o advento da Lei n. 11.101/2005, que introduziu profundas alterações no regime de insolvência empresarial, e possibilitou a reorganização e manutenção das atividades, bem como a otimização do ativo, foi alterado o regime de sucessão das obrigações do adquirente de estabelecimento empresarial do falido ou do devedor submetido à recuperação judicial.

Normalmente, as negociações de transferência de bens que envolvam empresários em situação financeira desfavorável são bastante complexas, principalmente em razão da transmissão de obrigações do antigo devedor para o novo titular, conforme foi apresentado acima.

Diante dessas circunstâncias, e com o objetivo de promover a celeridade e a eficiência na alienação do ativo, a Lei n. 11.101/2005 apresenta incentivos à aquisição do ativo por empreendedores.

Na alienação conjunta ou separada de ativos no processo de falência, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza trabalhista e tributária.⁴⁰⁴ A ausência de sucessão, constitui uma medida adotada pela nova lei de falências, que otimiza e incentiva a aquisição de toda a estrutura empresarial (recursos materiais e imateriais empregados) para que um outro agente econômico possa explorar.

Sendo assim, o vínculo trabalhista entre o adquirente do ativo do falido e os empregados que continuarem trabalhando naquela atividade econômica

⁴⁰⁴ Lei n. 11.101/2005, Art. 141. “Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo; II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho”.

é novo e as obrigações do antigo empregador não podem ser cobradas do adquirente.

À primeira vista, a ausência de sucessão parece prejudicar o interesse dos credores, especialmente os trabalhistas. Contudo, numa análise mais cuidadosa, percebe-se que a valorização que se obtém com a realização do ativo beneficiará primeiramente os credores trabalhistas, visto que eles encabeçam a ordem de preferência definida no art. 83 da Lei n. 11.101/2005.

Além desse benefício, não se pode negar um favorecimento aos credores em geral, pois uma vez desonerada a aquisição dos bens da massa, será produzido um aumento das arrecadações, que atingirá todos os credores. A limitação dos créditos trabalhistas pode importar em um prejuízo para a classe, mas é bom ressaltar que na falência todos os credores estão sujeitos a perdas e o importante é reduzi-las em relação à totalidade de credores.⁴⁰⁵

A regra apresentada apresenta exceções que buscam impedir que algumas pessoas obtenham vantagens por ocuparem certos postos na administração da sociedade, ou por terem laços de parentesco ou amizade com o falido ou os membros da sociedade falida.

Dessa forma, se o arrematante for sócio da sociedade falida, sociedade controlada pelo falido, parente em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida, ou for identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão, não se aplica o disposto no inciso II, do artigo 141 da Lei n° 11.101/05, e conseqüentemente, o arrematante será responsável pelos créditos trabalhistas da massa falida, conforme determina o § 1º do artigo 141⁴⁰⁶ da Lei n° 11.101/05.

O objetivo de tal regramento foi o de impedir a prática de fraudes na sucessão das obrigações, com a simulação da venda da massa falida para membro

⁴⁰⁵ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434-435.

⁴⁰⁶ Lei n. 11.101/2005, art. 141, “§ 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão”.

da família ou do quadro societário, em prejuízo dos credores. Se a situação não for a contida no § 1º do artigo 141 da Lei nº 11.101/05, não haverá sucessão trabalhista, o que ocasionará a extinção do contrato de trabalho celebrado entre os empregados e a empresa falida.

No processo de recuperação judicial, caso a alienação de filiais ou de unidades produtivas faça parte do plano de recuperação judicial⁴⁰⁷, deverá ser realizada da mesma forma prevista para a alienação ordinária do ativo na falência, ou seja, através de leilão, propostas ou pregão.

O parágrafo único do artigo 60 da Lei n. 11.101/2005 destaca que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Apesar de não mencionar expressamente a exclusão da sucessão quanto às obrigações derivadas da legislação do trabalho, pode-se entender que a isenção atinge todas as obrigações, inclusive as de natureza trabalhista. Qualquer restrição de obrigação deveria ser expressa.⁴⁰⁸

Defender a existência da sucessão das obrigações trabalhistas representaria um retrocesso aos objetivos da recuperação, pois inviabilizaria a atração de adquirentes interessados na empresa em dificuldades. Ademais, resultaria em um tratamento mais favorecido à preservação da empresa em falência do que em recuperação. Esse argumento é reforçado pelo fato dos créditos trabalhistas constituírem objeto do plano de recuperação, não tendo motivo o estabelecimento da sucessão do adquirente.

Trata-se de medida que incentiva a execução dos meios de recuperação do empresário, pois se a lei não estabelecesse a ressalva sobre a sucessão do adquirente, seria difícil realizar a venda de uma unidade produtiva.

⁴⁰⁷ Lei n. 11.101/2005, “Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

⁴⁰⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

Essa interpretação foi conferida pelo STJ ao analisar um conflito de competência nº10248-RJ⁴⁰⁹ entre as Justiças Comum e a Trabalhista para decidir

⁴⁰⁹ CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 102048 - RJ (2009/0002407-5) RELATOR: MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; AUTOR: ERAKSON RAFAEL CASTILHO; ADVOGADO: DELAIDE ALVES MIRANDA ARANTES E OUTRO(S); RÉU: GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A E OUTRO; SUSCITANTE: GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A; ADVOGADO: GUSTAVO LORENZI DE CASTRO E OUTRO(S); SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA EMPRESARIAL DO RIO DE JANEIRO – RJ; SUSCITADO: JUÍZO DA 13A VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA - GO
DECISÃO

Cuida-se de conflito positivo de competência suscitado por GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A., entre as Justiças Comum e Trabalhista, relativo à competência para decidir sobre a responsabilidade do patrimônio da empresa suscitante, vencedora em leilão judicial da Unidade Produtiva VARIG (UPV), por dívida laboral da empresa Varig S/A - Viação Aérea Rio Grandense, que se encontra em processo de Recuperação Judicial perante o Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro.

A suscitante alega que, por determinação do Juízo da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (atualmente 1ª Vara Empresarial), o edital de alienação da UPV previa, expressamente, "que a transferência do patrimônio lá leiloado não acarretaria a assunção do passivo trabalhista da Varig S.A." (fl. 03), em harmonia com os artigos 60, parágrafo único, e 141, inciso II, da Lei nº 11.101/2005.

Vencedora no leilão, sustenta a impossibilidade de responder pelas obrigações da empresa recuperanda. Invoca, para tanto, o edital do leilão judicial da Unidade Produtiva Varig, os artigos 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005 e a jurisprudência do STJ.

Aduz que, em confronto com a determinação do juiz condutor da recuperação judicial, o Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia/GO, em sentença, declarou a sucessão da GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A. na obrigação da empresa recuperanda, bem como, acolhendo pedido do autor da ação trabalhista, determinou a extração de carta de sentença para início da execução provisória do seu julgado e expedição da competente carta precatória para os atos de citação, penhora e avaliação de bens.

Sustenta a competência exclusiva do Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro para decidir todas as questões referentes à recuperação judicial da Varig S.A., em detrimento da Justiça Trabalhista.

Pleiteia, liminarmente, o sobrestamento da execução em curso na Justiça Trabalhista e a suspensão da decisão lá proferida. Requer, ao final, que seja declarada a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro para decidir acerca da sucessão trabalhista da empresa recuperanda, com a conseqüente nulidade da decisão proferida pelo juízo trabalhista suscitado.

Tudo visto e examinado, decido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os atos de execução dos créditos individuais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 ou da Lei n. 11.101/05, devem ser realizados pelo juízo universal, valendo conferir, nesse sentido, os seguintes precedentes: CC n. 61272/RJ, relator o Ministro Ari Pargendler, DJ 25/06/2007; CC n. 73.380/SP, relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJe 21/11/2008; CC n. 90.504/SP, relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJe 01/07/2008.

[...]

Na espécie, discute-se a sucessão da suscitante nas obrigações de empresa em recuperação judicial, cujos débitos encontram-se em execução provisória, havendo, inclusive, determinação de citação, penhora e avaliação de seus bens, havendo o Ministro João Otávio de Noronha, prevento para julgamento dos feitos, em hipóteses idênticas, reiteradamente deferido o pedido de concessão de medida liminar, nos seguintes termos:

[...]

Do exposto, tendo em vista da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se evidente o *fumus boni juris*, bem como o *periculum in mora*, em decorrência do início da execução provisória dos bens da suscitante.

Pelo exposto, concedo a liminar para determinar a sobrestamento da execução provisória em curso perante o Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia, designando o Juiz de Direito da 1ª Vara

sobre a responsabilidade do patrimônio da sociedade GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A., vencedora em leilão judicial da Unidade Produtiva VARIG (UPV), por dívida laboral da sociedade Varig S/A - Viação Aérea Rio Grandense.

Na decisão, o relator se posicionou no sentido da jurisprudência do STJ de que os atos de execução dos créditos individuais promovidos contra sociedades falidas ou em recuperação judicial devem ser realizados pelo juízo universal. Sendo assim, determinou o sobrestamento da execução provisória em curso perante o Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia, designando o Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro para resolver as medidas urgentes.

Embora a decisão não tenha enfrentado a questão da sucessão das obrigações trabalhistas, revelou que é no âmbito do processo de recuperação judicial que deverão ser resolvidas as questões relativas à satisfação dos créditos trabalhistas de sociedades em recuperação, e não em face da arrematante da unidade produtiva.

A recuperação extrajudicial não envolve créditos trabalhistas, como deixa claro o § 1º, do artigo 161 da Lei nº 11.101/05. Dessa forma, os débitos trabalhistas não são incorporados ao plano de recuperação extrajudicial. Assim, as execuções trabalhistas seguem seu curso normal com penhora e expropriação de bens.

No que concerne à responsabilidade tributária, por força das inovações trazidas pela Lei de Falência e Recuperação, foram promovidas alterações no CTN com a edição da Lei Complementar nº 118/2005. Esta lei acrescentou três parágrafos⁴¹⁰ ao art. 133 do CTN.

Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, até ulterior deliberação do relator.

Oficie-se aos juízos suscitados, com urgência, comunicando e solicitando informações.

Após, distribua-se.

Publique-se.

Brasília, 12 de janeiro de 2009.

MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO Corregedor-Geral da Justiça Federal, no exercício da Presidência

(Ministro CESAR ASFOR ROCHA, 02/02/2009)

⁴¹⁰ CTN, Art. 133 (...) “§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – em processo de falência;

As novas regras inseridas pela Lei Complementar n. 118/2005, em consonância com o que determina o parágrafo único do art. 60 e o inciso II do art. 141 da lei n. 11.101/2005, conferem ao adquirente a segurança para obter os ativos de determinado empresário em alienação judicial, seja na falência ou na recuperação judicial, sem que possa ser responsabilizado futuramente por débitos fiscais existentes ou ocultos, correspondentes aos fatos geradores ocorridos no período anterior à aquisição.⁴¹¹

O tratamento privilegiado dos créditos tributários previsto na legislação falimentar estimulou a morosidade do fisco na exigência do pagamento dos tributos e desestimulou o pagamento dos mesmos. Esse fator, aliado à sucessão tributária explica a dificuldade de alienação de estabelecimentos empresariais ou a sua subavaliação para representar um desconto que pudesse cobrir ou minimizar o risco de ser cobrado por obrigações anteriores à aquisição.⁴¹²

O fim da sucessão tributária na alienação judicial do ativo elimina a insegurança do adquirente em relação ao tamanho do passivo tributário (que pode ser de difícil quantificação), que inibia o interesse de potenciais compradores no processo de realização do ativo dos empresários submetidos ao regime falimentar.

Na recuperação judicial, essas novas regras pretendem mais que a simples liquidação das dívidas do empresário em dificuldades, pois possibilitam a concretização de sua viabilidade social, e satisfazem não somente os credores

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário”.

⁴¹¹ BORGES, Eduardo de Carvalho; KNOPFELMACHER, Marcelo. A Responsabilidade Tributária dos Sucessores perante a Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.177.

⁴¹² SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 430.

envolvidos, como também as pessoas que de alguma forma possam ser impactadas com a eventual interrupção da atividade da empresa.

Ainda no processo de recuperação judicial, verifica-se que a Lei n. 11.101/2005 elencou, no art. 50, vários meios para se alcançar a reestruturação da empresa, dentre os quais se podem destacar algumas formas de modificação da estrutura jurídica da empresa como: a 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. Em relação a essas operações, o art. 132 do CTN impõe aos sucessores a responsabilidade pelos tributos devidos antes da operação, não tendo sido alterada pela legislação falimentar.

Todas essas mudanças representam um avanço da legislação falimentar na direção da modernização do direito privado e são responsáveis pela elevação da empresa ao cumprimento de sua função social. O objetivo de preservar a atividade econômica sem que isso importe no sacrifício da segurança das relações de mercado, reflete um equilíbrio entre a satisfação dos créditos e a recuperação das empresas.

5.1.5 Participação dos credores e empregados na gestão da empresa: a co-gestão no regime falimentar e de recuperação

Com o objetivo de preservar a economia social, a Lei n. 11.101/2005 prevê⁴¹³ como forma de continuidade da empresa na falência, a possibilidade de formação de sociedade de credores ou de empregados, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros, como forma alternativa de realização do ativo da sociedade falida. Trata-se da constituição de uma sociedade com o fim específico de abarcar o ativo do falido, total ou parcialmente.

⁴¹³ Lei n. 11.101/2005, Art. 145. “O juiz homologará qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembléia-geral de credores, inclusive com a constituição de sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros. § 1º Aplica-se à sociedade mencionada neste artigo o disposto no art. 141 desta Lei. § 2º No caso de constituição de sociedade formada por empregados do próprio devedor, estes poderão utilizar créditos derivados da legislação do trabalho para a aquisição ou arrendamento da empresa.”

“Art. 46. A aprovação de forma alternativa de realização do ativo na falência, prevista no art. 145 desta Lei, dependerá do voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembléia.”

Os credores que se tornarem sócios dessa nova sociedade poderão converter seus créditos em cotas ou ações, conforme venha a ser o tipo societário adotado. Porém, a integralização da participação societária com os créditos decorrentes da falência deverá observar a ordem de preferência estabelecida no art. 83 da lei falimentar. Além disso, é necessário, se houver a versão total do ativo do falido para a nova sociedade, que os credores dissidentes sejam pagos pela maioria, em dinheiro, de acordo com o preço de avaliação do ativo, com a dedução das importâncias necessárias para prover o pagamento das restituições e dos créditos extraconcursais (art. 84) ⁴¹⁴.

É importante salientar que se aplica a essa sociedade⁴¹⁵ as regras do art. 141 da Lei n. 11.101/2005, quais sejam: todos os credores, observada a ordem de preferência, subrogam-se no produto da realização do ativo; e o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão da sociedade nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista.

Não somente na falência admite-se a possibilidade de gestão da empresa em dificuldades por credores. Também na recuperação judicial é possível a composição da sociedade por credores através de meios de reestruturação previstos no plano, tais como: a constituição da sociedade de credores, o aumento do capital social e a alteração do controle societário.

Se os credores perceberem que a constituição de sociedade é uma medida capaz de recuperar a empresa poderão continuar a atividade empresária e substituir seus direitos de credores por direitos de sócios. Com isso, deixam de

⁴¹⁴ Lei n. 11.101/2005, Art. 84. "Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II – quantias fornecidas à massa pelos credores; III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei."

⁴¹⁵ A formação de sociedade de credores era prevista no Decreto-lei n. 7.661/1945, contudo, ocorria a sucessão do passivo do falido para a nova sociedade.

titularizar seus direitos de crédito e passam a ter expectativas de lucros diante do êxito do plano de reorganização.⁴¹⁶

Outro meio de recuperação que permite a participação dos credores na sociedade é a capitalização. A partir desse mecanismo é possível que os credores ingressem na sociedade devedora como sócios, substituindo seu crédito por participação societária. Com isso é possível que a sociedade devedora reduza o seu passivo e aumente o capital social. Um aspecto importante dessa medida é que, na eventual convolação em falência, o sócio retornará à condição de credor⁴¹⁷.

A participação dos credores e dos empregados no quadro societário da empresa em crise propicia a continuidade das atividades e demonstra a aplicação da denominada co-gestão no regime falimentar. A co-gestão revela a idéia de administração participativa. É uma forma de superação da concepção individualista da empresa e realização do princípio da solidariedade.

A gestão da empresa pelos empregados faz perceber que o objetivo primordial passa a ser a sobrevivência da atividade e a continuação dos postos de trabalho. A humanização e a solidariedade ganham destaque quando os trabalhadores, em detrimento de seus direitos de crédito, se preocupam com o bem-estar geral para assegurar a estabilidade econômico-financeira da empresa. Observa-se uma clara influência da dignidade da pessoa humana nesse processo de flexibilização das relações econômicas de capital e trabalho.⁴¹⁸

A co-gestão ainda ressalta e torna importante o comportamento e o empenho de cada trabalhador, o qual terá consciência de que a maior lucratividade da empresa lhe proporcionará vantagens como a participação nos resultados e a melhoria de qualidade de vida. Tudo isso deixa clara a aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e a função social da empresa.

⁴¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 138.

⁴¹⁷ É o que dispõe o §2º do art. 61 da Lei n. 11.101/2005: "Art. 61[...] § 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial".

⁴¹⁸ PERIN JÚNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar**: de acordo com a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. 2006. 251 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 93.

Os credores atribuem um valor maior à participação no mercado quando passam a deter a participação societária da empresa em crise, aceitando a distribuição dos dividendos, ainda que inicialmente inexistente ou reduzida, em prol das despesas. Percebe-se uma ponderação de finalidades, pois, para muitos credores as conseqüências seriam muito danosas se a empresa fosse liquidada.

A participação dos trabalhadores e dos credores no processo econômico, além de ser uma demonstração da função social da empresa, possibilita a instauração de relações sociais mais equânimes e a realização do bem-estar econômico e coletivo.⁴¹⁹

5.1.6 Limitação da responsabilidade dos sócios e hipótese de desconsideração da personalidade jurídica

A proteção aos credores e a efetiva responsabilização dos agentes econômicos devedores gera um mercado de crédito mais ativo e reduz o custo do financiamento da atividade empresária. Por outro lado, a limitação da responsabilidade dos sócios também é um fator que contribui para o crescimento da atividade empresária e conseqüentemente para o crescimento da economia do país.

O limite da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade é um princípio do direito societário que decorre da distinção existente entre a sociedade e seus membros. Com a efetivação do registro do ato constitutivo no órgão competente, a sociedade adquire personalidade jurídica, patrimônio próprio e responsabilidade patrimonial das obrigações contraídas em decorrência da sua atividade. Sendo assim, a legislação falimentar deverá preservar esses fundamentos a fim de que a iniciativa privada continue sendo estimulada a desenvolver atividades econômicas e, ao mesmo tempo, deverá coibir a prática de atos fraudulentos em prejuízo de todos aqueles envolvidos com a atividade empresarial.

A Lei de Falências atribui a condição de falido não apenas ao empresário ou à sociedade empresária, mas também aos sócios ilimitadamente

⁴¹⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**: comparações com as posições do Direito Europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 273.

responsáveis, os quais quase não existem atualmente⁴²⁰, uma vez que praticamente a totalidade das sociedades adotam a forma de limitada ou anônima.⁴²¹

Com a decretação da falência, de logo, duas restrições surgem para o falido e para os sócios de responsabilidade ilimitada: a inabilitação para o exercício da atividade empresária⁴²² e a perda do direito de administração e livre disposição de seus bens⁴²³. Quanto aos sócios de responsabilidade limitada⁴²⁴ resta verificar de que forma os seus bens podem ser atingidos pelas obrigações da sociedade no processo de falência.

O Código Civil de 2002, no art. 1052, trata da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada. Assim, perante a sociedade, a responsabilidade deles é restrita ao valor das suas cotas e, frente a terceiros, enquanto o capital não estiver totalmente integralizado, todos os sócios respondem solidariamente pela integralização.

Na sociedade anônima, a responsabilidade dos acionistas é pessoal e limita-se à integralização das ações que subscreveu. Após o cumprimento dessa obrigação, por mais nada responderá o acionista perante terceiros.

Dessa forma, na sociedade limitada e na sociedade anônima, desde que integralizado o capital social, exclusivamente a sociedade responde pelas obrigações sociais, as quais são consideradas aquelas firmadas por atos dos seus administradores ou representantes. Esta regra admite exceções, que são previstas

⁴²⁰ São sócios ilimitadamente responsáveis, os integrantes de sociedade em nome coletivo, os comanditados das sociedades em comanditas simples e os acionistas diretores da sociedade em comandita por ações.

⁴²¹ Lei n. 11.101/2005, Art. 81. “A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.”

“Art. 190. Todas as vezes que esta Lei se referir a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis”.

⁴²² Lei n. 11.101/2005, Art. 102. “O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei”.

⁴²³ Lei n. 11.101/2005, Art. 103. “Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

⁴²⁴ A análise da responsabilidade se restringirá aos sócios da sociedade limitada e ao acionista controlador das sociedades anônimas.

nas leis que regulam essas sociedades e em leis específicas que contêm hipóteses excepcionais de responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio pela prática de ato lesivo a terceiros ou à sociedade.

No Código Civil de 2002 são identificadas algumas hipóteses de responsabilidade dos sócios por atos ilícitos. Quanto à distribuição dos lucros, é estabelecida a responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que receberem a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, conhecendo ou devendo conhecer a legitimidade ⁴²⁵, como também são obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas a qualquer título, distribuídas em prejuízo do capital⁴²⁶.

Em relação às deliberações, o sócio também responderá por perdas e danos se participar de deliberação sobre operação na qual tenha interesse conflitante com o da sociedade, desde que a aprovação tenha decorrido de seu voto⁴²⁷ e se aprovarem expressamente deliberações infringentes da lei ou do contrato⁴²⁸.

Quanto à participação societária, os sócios respondem solidariamente pela exata estimação dos bens utilizados para a integração do capital social, até o prazo de cinco anos do registro da sociedade⁴²⁹; e em caso de cessão de cotas, o cedente responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio até dois anos depois de arquivada a correspondente alteração contratual⁴³⁰.

⁴²⁵ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.009. “A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.

⁴²⁶ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.059. “Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital”.

⁴²⁷ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.010, “§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto”.

⁴²⁸ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.080. “As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram”.

⁴²⁹ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.055, “§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”.

⁴³⁰ Lei n. 11.101/2005, Art. 1.003, “Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

Na Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), é atribuída aos acionistas em geral, inclusive os acionistas minoritários, a responsabilidade pelo exercício abusivo do voto e aos acionistas controladores, pelo exercício abusivo do poder⁴³¹.

A aplicação do disposto na legislação societária acerca das regras específicas de responsabilidade dos sócios na sociedade limitada e anônima, depende da análise da forma de apuração da responsabilidade pessoal dos sócios na legislação falimentar.

O art. 82 da Lei n. 11.101/2005 prescreve que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida será apurada no próprio juízo falimentar, independentemente da realização do ativo ou da prova da insuficiência para cobrir o passivo. Trata-se de apuração de responsabilidade própria dos gestores perante a sociedade e terceiros, por culpa no desempenho de suas funções, conforme já visto nas situações acima mencionadas.

Caberá ao administrador judicial, Ministério Público ou ao terceiro interessado provocar a investigação em torno da responsabilidade do administrador ou controlador, para que os seus bens individuais respondam na proporção do prejuízo causado. O procedimento será desenvolvido sob o rito ordinário, cabendo dilação probatória a fim de identificar a responsabilidade para efeito de indenização. O ressarcimento feito pelos responsáveis irá integrar o ativo da massa falida e será destinado à satisfação dos créditos.

No momento e que a legislação não regular ou for capaz de coibir a prática de atos por sócios, controladores ou representantes legais em prejuízo de terceiros e da sociedade e, se for evidenciado o abuso da personalidade jurídica é possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard of legal entity*.

Essa teoria foi desenvolvida pelo teórico Rolf Serick, na década de 50, a partir da solução jurídica aplicada ao caso *Salomon & Salomons Co.*⁴³² na

⁴³¹ Lei n. 11.101/2005, "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder".

⁴³² Aaron Salomon, pretendendo constituir uma sociedade, reuniu seis membros da família, cedendo a cada um deles uma ação e reservando para si vinte mil. Em seguida Salomon utilizou a empresa

Inglaterra. As decisões relacionadas a este caso geraram repercussão principalmente nos Estados Unidos, local onde foi difundida inicialmente a doutrina do *disregard of legal entity*.⁴³³

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁴³⁴ asseveram que a doutrina da desconsideração visa “o superamento episódico da personalidade jurídica, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado” com o patrimônio dos sócios, administradores ou controladores.

Fábio Ulhoa Coelho⁴³⁵ defende a idéia de que a teoria de desconsideração da personalidade jurídica é coibir a prática de fraudes sem atingir o instituto da pessoa jurídica. Em outros termos, a teoria objetiva preservar a pessoa jurídica e sua autonomia. No mesmo sentido, Fabio Konder Comparato⁴³⁶ explica que na desconsideração da personalidade jurídica “subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes”.

A desconsideração da personalidade jurídica deve ser analisada no regime falimentar, à luz do Código Civil, o qual disciplina no art. 50⁴³⁷ a exceção à regra geral de separação entre a pessoa jurídica e seus membros.

Segundo a regra legal, a desconsideração será possível quando ocorrer abuso da personalidade jurídica caracterizada pela confusão patrimonial e pelo desvio de finalidade. Pelo primeiro pressuposto, a atuação do sócio ou do administrador, confunde-se com o funcionamento da sociedade, de forma que não se pode identificar a separação de patrimônio entre eles. Em razão do segundo,

para emitir títulos privilegiados, e os adquiriu. Quando a pessoa jurídica se revelou insolvável, Salomon passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferindo a todos os demais credores quirografários, liquidando o patrimônio líquido da empresa.

⁴³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 227-228.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 228.

⁴³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 35-36.

⁴³⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 353.

⁴³⁷ CC/2002, Art. 50. “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

verifica-se um desvirtuamento do objetivo social, para alcançar fins não previstos no contrato ou proibidos na lei.⁴³⁸

A aplicação da teoria implica na ineficácia da personalidade jurídica de forma episódica para coibir a fraude perpetrada graças à manipulação das regras de separação patrimonial entre a sociedade e seus membros. Com isso, é possível atingir o ato abusivo sem comprometer o instituto da pessoa jurídica. Dessa forma, todos os demais atos que não se relacionem com o desvio de finalidade serão preservados em sua existência e validade.

Para Juan M. Dobson⁴³⁹, quando a pessoa jurídica é utilizada como instrumento para satisfação das necessidades pessoais de seus sócios, e ela está insolvente, a possibilidade de prejuízos a terceiros é evidente.

O juiz irá determinar a responsabilidade apenas das pessoas que praticaram atos ilícitos ou abusivos e estão protegidas pela personalidade jurídica. Busca-se, dessa forma, a proteção tanto da empresa, como dos sócios e de terceiros que se relacionem com a pessoa jurídica e possam ser afetados pelo ato fraudulento.

No processo falimentar, os tribunais⁴⁴⁰ têm adotado a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da falência aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, sempre que fiquem evidenciados, atos fraudulentos em prejuízo dos credores. Juan Dobson⁴⁴¹ relata que esta prática é admitida no direito norte americano quando os controladores de várias sociedades

⁴³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 232.

⁴³⁹ DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica: em el derecho privado*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 521.

⁴⁴⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE EMPRESAS COLIGADAS À SOCIEDADE FALIDA. SUJEIÇÃO DOS BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS À ARRECADAÇÃO DA MASSA FALIDA. DECISÃO QUE FOI MANTIDA EM GRAU DE RECURSO. REALIZAÇÃO DE LEILÕES. CABIMENTO. DECISÃO CORRETA. RECURSO DESPROVIDO. Tendo sido mantida, em grau de recurso, a decisão que determinou a extensão do decreto de falência e de seus efeitos para alcançar empresas coligadas a sociedade falida por vinculação de negócios e composição acionária, assim como a desconconsideração da personalidade jurídica destas visando atingir e igualmente sujeitar os bens particulares dos respectivos sócios à arrecadação pela Massa Falida, dentre eles as agravantes, justifica-se a realização de leilão judicial para a venda de determinados bens de propriedade dos sócios.” (TJRJ, 3ª Câm. Cív., AgIn 2006.002.09193, Des. Antonio Eduardo F. Duarte, Julgamento: 22/08/2006).

⁴⁴¹ DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica: em el derecho privado*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 523.

se utilizam do conjunto com o objetivo de obter o máximo de utilidades, tratando as várias sociedades como uma só empresa.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica evita que a empresa seja atingida pelo abuso ou fraude praticada. A sua importância para o Direito Falimentar e para a concretização da função social da empresa é que ela permite que o agente responsável pela prática de ato abusivo da personalidade jurídica seja responsabilizado e evite que o patrimônio social seja atingido e cause prejuízos à coletividade.

5.1.7 Insolvência da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte

As microempresas e empresas de pequeno porte⁴⁴² recebem tratamento diferenciado pela ordem constitucional vigente. O art. 170, inciso IX da CF/88 estabelece como princípio da ordem econômica o tratamento favorecido e diferenciado, visando incentivá-las mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁴⁴³

Para atender os princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170, IX, CF/88), a Lei n. 11.101/2005 dedicou uma seção especial destinada à recuperação das micro e pequenas empresas. De certo, a complexidade do regime da recuperação judicial para as empresas em geral dificulta as pequenas empresas obterem sua reestruturação.

⁴⁴² O art. 3^a da Lei Complementar n. 123/2006 traz a definição de microempresa e empresa de pequeno porte: “Art. 3^o Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

⁴⁴³ CF/88, Art. 179. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

O objetivo desse plano especial é oferecer um tratamento jurídico menos oneroso, mais simplificado para uma estrutura empresarial de pouca complexidade. Esta idéia, contudo, não impede que sejam aplicados, supletivamente, os dispositivos da recuperação ordinária, ou que a micro e pequena empresa possa utilizar os demais tipos de recuperação.

A adoção do procedimento especial não decorre da simples condição do requerente; depende de pedido expresso na petição inicial, sob pena de se processar pelo procedimento ordinário de recuperação. Feito o pedido e sendo este deferido pelo juiz, o plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo improrrogável de sessenta dias da publicação da decisão.

O procedimento de recuperação instituído para a microempresa e a empresa de pequeno porte (arts. 70 a 72 da Lei n. 11.101/2005) obriga somente os credores quirografários. Sendo assim, esse plano interessará principalmente àqueles que apresentarem endividamento concentrado junto a esses credores.

A lei prevê ainda o parcelamento dos débitos devidamente corrigidos, o qual não pode ultrapassar três anos e serão corrigidos com os juros limitados a 12% ao ano. A primeira parcela deverá ser paga no prazo improrrogável de cento e oitenta dias. Nesse aspecto, haveria um benefício para o pequeno empresário em crise, tendo em vista que os juros de financiamentos normalmente excedem à taxa de 12% ao ano.

No plano especial de recuperação judicial não há a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano. Dessa forma, os credores mencionados no § 3º do art. 49⁴⁴⁴ da Lei n. 11.101/2005 poderão retomar os bens que figuram como garantia dos contratos, gerando dificuldades na recuperação do empreendimento.

⁴⁴⁴ Lei n. 11.101/2005, art. 49, “§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

A lei prevê que não haverá assembléia de credores para deliberar sobre condições de pagamento do plano de recuperação. Este será aprovado se não houver objeções de credores titulares de mais da metade dos créditos quirografários, caso contrário o juiz julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor.

Também não há previsão para convolação em falência em caso de descumprimento dos pagamentos previstos no plano. Nesse sentido, Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁴⁵ entende não ser aplicável o §1º do art. 61⁴⁴⁶, posto que se trata de situação processual diversa. Ademais, entende o autor, que a falência produz uma situação extremamente grave para o devedor e não pode ser decretada por analogia, mas somente se especificamente prevista em lei.

A simplicidade do plano especial de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte representa um ganho para os pequenos empreendimentos. A ausência de assembléia de credores, a dispensa de apresentação de laudo econômico-financeiro e da avaliação de ativos, dentre outros documentos reduzem o custo de transação do processo, o que importa em um incentivo para a sua adoção pelos pequenos empreendedores que estejam enfrentando dificuldades.

A Lei n. 11.101/2005 poderia ter avançado mais no tratamento favorecido aos pequenos empresários, especialmente no que tange às limitações de elaboração do plano de recuperação, o que faz com que o procedimento tenha a natureza de um favor legal e se assemelhe à antiga concordata. Contudo, diante da existência de um tratamento diferenciado para o pequeno empresário, a legislação falimentar representa nesse aspecto uma forma de promoção da função social da empresa, pois possibilita a manutenção de uma atividade que irá manter o emprego de diversas pessoas, além de contribuir para o desenvolvimento nacional.

5.1.8 Manutenção do desenvolvimento econômico e social

⁴⁴⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200.

⁴⁴⁶ Lei n. 11.101/2005, Art. 61, “§ 1º Durante o período estabelecido no **caput** deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei”.

A despersonalização das relações econômicas que acompanhou o capitalismo avançado e o surgimento da economia de mercado gerou um distanciamento entre o setor econômico e o social. Assim, as conquistas da sociedade que revelam o princípio da solidariedade são tidas como encargos sociais que agravam os custos econômicos de produção e de distribuição. Contudo, não se pode desconsiderar que “o desenvolvimento pressupõe a expansão da atividade dos homens em relação aos homens, pela troca de bens ou serviços e pela troca de informação e de símbolos”⁴⁴⁷, e com isso a sua quantificação consiste em levantamentos estatísticos e indicadores elaborados em torno do crescimento e também indicadores sociais.⁴⁴⁸

Para revelar o desenvolvimento de uma nação, não basta demonstrar os indicativos econômicos em eficiência, produtividade e investimentos das empresas. É importante avaliar os indicadores sociais que representam aspectos qualitativos relacionados ao crescimento e mostram como os seus frutos são distribuídos na sociedade, como: o acesso à saúde e à educação, a melhoria das condições habitacionais, a redução da pobreza, da desigualdade e do desemprego dentre outros. Isso porque, as condições normais e dignas da vida não são corretamente substituídas pelo funcionamento espontâneo do mercado e do capitalismo.⁴⁴⁹

O desenvolvimento de um país é favorecido por alguns fatores, os quais devem ser analisados a fim de se saber se estes são aplicados em um contexto que seja favorável ao progresso econômico e social. Além dos modernos conhecimentos técnicos, do capital e da mão-de-obra devidamente capacitada, é necessário um plano de desenvolvimento que possa ser executado por competentes órgãos de administração pública, acompanhado de medidas legislativas que constituam incentivos para que o mercado e os empreendedores gerem riqueza e bem estar social.

A interferência do Estado no desenvolvimento é fundamental para que se possam reduzir as falhas não somente de ordem econômica, mas também de

⁴⁴⁷ PERROUX, François. **Ensaio sobre a Filosofia do Novo Desenvolvimento**. Tradução de L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981, p.56.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.72.

⁴⁴⁹ PERROUX, François. **Ensaio sobre a Filosofia do Novo Desenvolvimento**. Tradução de L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981, p.91.

ordem social. Márcia Carla Pereira Ribeiro⁴⁵⁰, ao tratar das alternativas jurídicas e limites de atuação do Estado na economia, parte da premissa de que o equilíbrio social não é obtido pela mera atuação da iniciativa privada na economia.⁴⁵¹

A Lei n. 11.101/2005 representa uma forma de interferência na atividade econômica que favorece o desenvolvimento. Nos três institutos previstos nesta lei (recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência) se percebe uma preocupação não somente nos indicadores econômicos como também nos indicadores sociais.

Nesse sentido, verifica-se que a empresa⁴⁵² é um organismo produtivo de fundamental relevância social que deve ser preservada e defendida por constituir instrumento de produção efetiva e distribuição de riquezas, bem como um centro de propulsão do progresso da sociedade.

A lei de falência poderá ser considerada eficaz e capaz de proporcionar o desenvolvimento econômico se, no momento de sua aplicação, oferecer medidas efetivas de proteção aos credores, devedores e à empregabilidade. A relação de cunho negocial com os credores, trazida pela recuperação judicial e extrajudicial, as garantias quanto à responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade e a proteção conferida aos credores são incentivos para a disponibilidade de recursos por empreendedores para o exercício de atividades empresariais.

A modificação das prioridades dos direitos dos agentes afetados no processo de falência, também revela a tendência a um tratamento pautado no

⁴⁵⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 166.

⁴⁵¹ Nesse sentido a autora ainda explica que “A economia capitalista não pode dispensar o Estado nem mesmo em seu estágio liberal clássico. Isso porque, primeiramente, o mercado não produziu a auto-regulamentação desejada nem foi capaz de manter-se em termos concorrenciais, resultado do distanciamento entre a concepção teórica do capitalismo e os fatores da realidade. A proposta liberal de Estado mínimo, protetor, acreditava na suficiência da liberdade individual para o estabelecimento de uma sociedade socialmente equilibrada, mas o equilíbrio não logrou ser alcançado” (*Ibid.*, p. 166.).

⁴⁵² O desenvolvimento econômico para Joseph Schumpeter é definido como “uma mudança espontânea e descontínua nos canais de fluxo, perturbação do equilíbrio, que altera e desloca o estado de equilíbrio previamente existente”. Para o autor, as mudanças devem ser revolucionárias de forma a alterar a situação anterior. Nesse sentido, o empresário é aquele que adota novas combinações produtivas, é definido por sua função de pôr em prática inovações e representa um agente importante na promoção dessas mudanças. (SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução Maria Silvia Possas. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 47).

solidarismo. Os investidores e credores em geral, em uma relação de crédito-débito escolheriam repartir os riscos da perda de parcela de seus direitos do que enfrentar a insolvência do devedor.

As críticas a esta circunstância decorrem dos obstáculos que são colocados para se alcançar a eficiência do mercado, mas deve-se considerar que em uma situação de crise, os agentes de mercado tendem a comportar-se de forma diversa do daquela que se comportariam diante de uma situação comercial regular, pois optar simplesmente pela liquidação em uma falência resultaria em perdas maiores.⁴⁵³

Esta poderá ser considerada uma aplicação do Teorema de Coase⁴⁵⁴, pois a eficiência gerada pela aplicação da recuperação em uma empresa viável supera a eficiência gerada pela aplicação da falência, especialmente para os credores, mesmo com a maximização dos ativos e todas as medidas de satisfação dos créditos existentes no processo de falência. Isso porque, a manutenção do empresário possibilitará a permanência dos vínculos contratuais e a obtenção de uma renda maior para os credores. Outrossim, os custos de transação com o processo de falência podem ser maiores do que aqueles gerados pela recuperação.

Quando os credores verificam a probabilidade de perdas menores na reorganização da atividade do devedor, esta será a medida buscada para evitar a insolvência. É nesse sentido também a posição de Carvalho de Mendonça⁴⁵⁵ quando afirma que "Na falência e não se procura ganhar; cogita-se de perder o menos possível, *ne pejus adveniente*".

Outro fator fundamental para a geração de incentivos necessários ao deslinde rápido e eficiente dos processos falimentares é a ordem de prioridade no pagamento dos credores na falência. A ordem de classificação dos créditos permite o fortalecimento dos contratos celebrados nos períodos anteriores à situação de insolvência e por isso tem a possibilidade de diminuir perdas e riscos, que são

⁴⁵³ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 117.

⁴⁵⁴ Cf. seção 5.1.1.4

⁴⁵⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol VII, p. 159.

aspectos importantes para aumentar a eficiência do sistema de crédito no mercado.⁴⁵⁶

Na definição das prioridades as questões que se evidenciam são: o poder de negociação das partes, a possibilidade de monitoramento do risco assumido, a associação de garantias e o interesse geral versus interesse particular.

Marcos de Barros Lisboa e outros⁴⁵⁷ defendem que se o sistema de prioridades representar para algumas classes de credores a falta de expectativas de recebimento de seus créditos, será normal que elas não se envolvam no processo de resolução. De outra forma, se as classes protegidas tiverem a certeza de recebimento, elas não se envolverão com o processo, o que resultará num prolongamento do processo com perdas para todos os credores. Daí a necessidade de medidas que incentivem o poder de negociação das partes.

A Lei n. 11.101/2005 inseriu algumas medidas na ordem de pagamentos dos créditos para gerar incentivos no sentido de uma resolução eficiente do processo falimentar.

Em relação aos credores trabalhistas, foram realizadas algumas modificações. Foi estabelecida prioridade para o pagamento dos salários atrasados nos últimos meses anteriores à decretação da falência, antes mesmo da quitação dos créditos extra-concursais, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador⁴⁵⁸, com o objetivo de suprir as necessidades imediatas dos empregados menos favorecidos. Ademais, também foi estabelecido um limite do crédito trabalhista ao teto de cento e cinquenta salários-mínimos por credor. Com isso, todos os trabalhadores e gestores das empresas se limitam a este teto, o que garante um tratamento mais favorável aos trabalhadores com menores salários e evitam as fraudes que acarretam problemas sérios para a massa. Os valores excedentes se transformam em créditos quirografários, o que gera um incentivo desses credores na participação do processo e monitoramento de seus riscos.

⁴⁵⁶ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.57.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁸ Lei n. 11.101/2005, Art. 151. “Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa”.

Esse tratamento atribuído ao credor trabalhista é inferior ao previsto na legislação anterior, mas atende grande parcela das situações que envolvem o direito laboral. Ademais, essa alteração incentiva a redução dos custos de transação de outros credores, especialmente os derivados de instituições financeiras e fornecedores que passaram a concorrer nas mesmas condições que os créditos trabalhistas de maior valor.⁴⁵⁹

A inversão das posições entre os credores tributários e os credores com garantia real possibilitou ganhos institucionais relacionados aos contratos e à garantia de participação de outras classes no processo de resolução da falência. Essa mudança acarreta a possibilidade de recuperação de valores potencialmente superiores e gera incentivos para o mercado de crédito, além de aumentar a participação desses credores no processo, contribuindo para a sua celeridade.

Além dos efeitos de ordem econômica que provocou a Lei n. 11.101/2005, não se pode afastar os benefícios de ordem social que a preservação das empresas economicamente viáveis e a maximização do valor daquelas que não têm condições de recuperação podem gerar à sociedade: redução da taxa de desemprego, melhora do nível de capacitação profissional e de educação, que contribuem para aumentar a qualidade de vida e proporcionar a existência digna dos cidadãos.

5.1.9 Celeridade processual

A morosidade de um processo de cobrança de créditos e de falência gera um custo maior na recuperação de créditos, aumentando os juros e prejudicando o mercado de créditos. Isso ocorre porque durante o demorado tramite das ações, as garantias se depreciam ou desaparecem e, quando a decisão é tomada elas não são mais suficientes para compensar o crédito.⁴⁶⁰

A celeridade, ao contrário, traz um resultado econômico positivo: o estímulo do credor a emprestar e o bom funcionamento do mercado de crédito,

⁴⁵⁹ NEGRÃO, Ricardo. **A Eficiência do processo Judicial na Recuperação de Empresa**. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 218.

⁴⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 205.

possibilitando o aquecimento da economia, a redução dos juros e o desenvolvimento das atividades por diversos investidores em benefício da sociedade.

No regime do Decreto-lei n. 7.661/1945 os processos de falência arrastavam-se por vários anos, ocasionando a desvalorização dos ativos da empresa (marca, ponto empresarial, instalações, maquinário, etc.). Ao fim do processo, a capacidade de cumprimento das obrigações com os credores era reduzida significativamente e ocasionava a perda da produção, da geração de empregos e tributos que a empresa poderia manter ou até mesmo ampliar, se conduzida por administradores mais eficientes.⁴⁶¹

A celeridade a que se propõe o regime falimentar atual encontra-se positivada em diversos dispositivos, mas em especial no parágrafo único do art. 75 da Lei n. 11.101/2005, que dispõe o seguinte: “O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”.

O reflexo desse princípio pode ser encontrado, por exemplo, no art. 139⁴⁶² da lei n. 11.101/2005, que trata da liquidação do ativo e prevê que logo após a arrecadação dos bens será iniciada a realização do ativo.

A facilidade e a rápida transferência da empresa ou de suas partes viáveis para um novo empreendedor e melhor capacitado para administrá-la, aumenta a eficiência do sistema econômico ao se encerrar as atividades de um negócio, isso porque permite a manutenção das garantias e sua baixa depreciação.

O § 2º do art. 142⁴⁶³ permite a venda dos bens independentemente do quadro geral de credores. Essa disposição também observa o princípio da celeridade e da economia processual, pois se busca alcançar o melhor resultado no menor espaço de tempo.

Mesmo diante da dificuldade de se falar em celeridade processual, diante da atual conjuntura do sistema judiciário brasileiro, é importante que através

⁴⁶¹ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.54.

⁴⁶² Lei n. 11.101/2005, Art. 139. “Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo”.

⁴⁶³ Lei n. 11.101/2005, Art. 142, “§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores”.

dos dispositivos constantes no novo regime falimentar, os operadores do direito busquem alternativas viáveis para propiciar a eficácia e agilidade da falência.

5.1.10 Satisfação das necessidades dos consumidores

Sob o enfoque da microeconomia, verifica-se o comportamento das unidades econômicas como as de consumidores e produtores a partir da análise das condições nas quais se dão a oferta e a procura de bens e serviços. Neste sentido, a empresa atua conjugando os fatores de produção os quais, associados aos agentes do processo econômico – consumidor, trabalhador e empresário – promovem a circulação de negócios que se desenvolve na ordem econômica.

Resta claro que o avanço científico-tecnológico torna possível o crescimento da produção, pois que abre perspectivas para o aumento da demanda consumista.⁴⁶⁴ A perspectiva de aumento se transforma em consumo efetivo a partir da criação de bens e serviços que possam atrair o consumidor, suprindo-lhe as necessidades, as quais nem sempre são vitais. Estas falsas necessidades apresentam conteúdo e função social determinados por forças externas sobre as quais o indivíduo não exerce controle.⁴⁶⁵

Em relação às circunstâncias nas quais se dão a oferta e a procura de bens e serviços, de forma indireta, a Lei n. 11.101/2005 possibilita benefícios ao consumidor. A tendência que se verifica de um processo de falência e de recuperação mais célere, do aumento das chances de recuperação dos créditos, da manutenção dos postos de trabalho e dos contratos, geram uma segurança nas relações econômicas, acarretando a redução dos riscos e, por conseguinte dos custos de produção. Tudo isso proporciona uma redução do preço final dos bens e serviços e permite uma maior procura deste, além da satisfação das necessidades dos consumidores.

O encerramento de empresas viáveis ensejaria a desconfiança dos consumidores e proporcionaria um crescimento de lides indenizatórias decorrentes do não cumprimento das obrigações contratuais assumidas. Sendo assim, a

⁴⁶⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 175.

⁴⁶⁵ MARCUSE, Herbert. **A Ideologia da Sociedade Industrial**. Tradução de Giasone Rebuá 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 26.

preservação da atividade empresária através da recuperação ou até mesmo no processo de falência também é condizente com a tutela dos consumidores e deve ser sopesada pelo aplicador do direito.

Para atender à função social da empresa, a manutenção de uma atividade econômica deverá observar a diretriz da solidariedade social, que obriga as empresas a respeitarem as reais necessidades dos consumidores. Nesse sentido, representaria um comportamento condizente com a função social da empresa perante os consumidores: o cuidado na escolha dos produtos e serviços prestados à sociedade, de modo a evitar os danosos e desnecessários; a instalação de núcleos de novas atividades em locais carentes dos bens e produtos produzidos; a cautela na escolha dos meios de publicidade evitando as manipulações publicitárias; a atenção com a qualidade do produto e o dever de garantir a auto-continuidade e expansão da empresa.⁴⁶⁶

Sendo assim, o atual regime falimentar deverá resguardar a proteção ao consumidor, preservando seus direitos básicos no âmbito econômico de forma a dar concretude à função social da empresa.

5.1.11 Incentivo à busca do Pleno Emprego

O pleno emprego decorre de uma democratização das relações de trabalho e pode ser definido como uma condição do mercado onde todos os que estão aptos a trabalhar, e estão dispostos a fazê-lo, encontram trabalho remunerado.⁴⁶⁷

Hoje, com as mais diversas formas de exercício de atividade laboral e de vinculação com os agentes titulares dos meios de produção, a expressão “pleno emprego” revela um sentido restritivo. É considerada adequada, diante dessa nova realidade socioeconômica, a substituição de seu termo por pleno trabalho ou plena atividade. Sendo assim, neste trabalho, as referências ao pleno emprego se dão em sentido amplo e estão relacionadas ao direito ao trabalho remunerado.

⁴⁶⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise: comparações com as posições do Direito Europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.276.

⁴⁶⁷ ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito: Fundamentos para uma Política de Pleno Emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p. 17.

Uma política de pleno emprego busca como resultado a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais. Indiretamente, o pleno emprego contribui para melhoria das condições de trabalho, na recuperação da infra-estrutura econômica, a melhora das finanças públicas, incremento da competitividade externa e o aumento de qualidade dos serviços públicos essenciais. É uma condição indispensável para a construção de uma sociedade democrática a qual possa garantir o desenvolvimento nacional e a satisfação das potencialidades daqueles que não dispõem dos meios de produção.

A implementação do pleno emprego ou de uma situação próxima a esta reforça o poder de negociação dos empregados, pois estarão afastados os exércitos de reserva de trabalhadores, o que possibilitará o aumento real dos salários. Na Constituição Federal de 1988, o pleno emprego foi recepcionado como Princípio da Ordem Econômica, fundado na valorização do trabalho humano, o que reflete a preocupação do Constituinte com o tema já na época da sua promulgação, - mais um sinal a revelar que o pleno emprego é elemento da construção daquela sociedade democrática.

O trabalho é considerado como o principal fator de produção e a base para o exercício dos direitos dos cidadãos. Reconhecer esta importância implica em interligar o sujeito à sua dignidade, tal que lhe possibilitará exercer importantes prerrogativas de cidadania. Por conseguinte, a privação deste direito implica na dificuldade do exercício de outras importantes faculdades reconhecidas constitucionalmente ao trabalhador.

Nesse sentido, Washington Luiz da Trindade⁴⁶⁸ explica que o “trabalho, como fator de produção, é o cerne do princípio, cujo resguardo representa a âncora da dignidade humana”.

O princípio da busca do pleno emprego é positivado constitucionalmente como uma norma programática, o qual deve ser desenvolvido ulteriormente pela atividade do legislador infraconstitucional. Esta natureza programática gera dúvidas acerca da aplicabilidade daquele princípio, pois que

⁴⁶⁸ TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 121.

explicitam os fins a serem atingidos, sem indicar os meios para alcançá-lo. Por este motivo, não chegaria a garantir aos cidadãos uma utilidade concreta, fruível positivamente e exigível quando negada.⁴⁶⁹

O êxito de uma política de pleno emprego depende diretamente da atuação de agentes desenvolvedores da atividade econômica. Sendo assim, um programa desta natureza requer a intervenção estatal no sentido de remover entraves econômicos, em especial, aqueles que contribuem para a vulnerabilidade econômica. José Carlos de Assis⁴⁷⁰ defende que o instrumento fundamental para a promoção do pleno emprego é a mudança de política econômica, monetária e fiscal, que depende da mobilização constante da opinião pública e da capacidade das lideranças políticas de implementar uma ação concreta.

A orientação ao pleno emprego corrige, racionaliza e ordena o poder empresarial, limitando-o e canalizando-o sobre a base do respeito aos direitos dos trabalhadores. Esta limitação configura a aplicação da função social da empresa como princípio regulador da atividade econômica, tendo como primado a justiça social.

Como princípio regulador da ordem econômica, a busca do pleno emprego encontra amparo e aplicação na Lei n. 11.101/2005. A preservação da empresa como premissa contida na lei, nos procedimentos de Falência e Recuperação, visa à manutenção dos empregos, a proteção dos interesses dos credores e a otimização dos bens ativos e dos recursos produtivos da empresa.

Tais objetivos têm seus fundamentos na função social da empresa, a partir da qual a empresa é considerada como uma atividade que não se encontra restrita somente aos interesses particulares e ao intuito lucrativo de seus desenvolvedores, mas sim visa também ao atendimento de interesses coletivos.

É possível encontrar na lei n. 11.101/2005 dispositivos que constituem verdadeiras medidas legislativas de incentivo à busca do pleno emprego, na medida em que oferecem condições favoráveis para o empresário manter os postos de trabalho. A recuperação de empresas é medida que busca a manutenção da

⁴⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

⁴⁷⁰ ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito**: Fundamentos para uma Política de Pleno Emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p. 119.

atividade econômica e que tende a resguardar o pleno emprego, já que a continuidade da relação de emprego é decorrência natural da continuidade do organismo empresarial.⁴⁷¹

Não somente na recuperação de empresas o princípio da busca do pleno emprego se efetiva, mas também no processo de falência, pois que o empresário deixará de existir, e todos os recursos materiais e imateriais empregados serão relocados para outro agente econômico. Com a decretação da falência, verifica-se a possibilidade de o juízo determinar a continuidade das atividades do falido, o que resultará na manutenção das relações de trabalho, as quais poderão ser aproveitadas pelo novo adquirente do ativo da massa falida.

Na Lei n. 11.101/2005, o pleno emprego é considerado um condicionamento endógeno ao exercício da atividade empresarial por interferir na sua organização interna. Ao exercer a atividade econômica e contribuir para a manutenção ou criação de novos postos de trabalho, o empresário estaria garantido seu direito à livre iniciativa e exploração de seus bens de produção, mas também estaria condicionado à promoção da justiça social através da função social da empresa.

5.2 ATIVIDADE JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO REGIME DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

A aplicação da Lei n. 11.101/2005 faz suscitar a questão sobre o funcionamento do judiciário e o papel do juiz na interpretação dos dispositivos legais, bem como, o conhecimento técnico da matéria, inclusive sobre os dados de mercado, e todos os instrumentos que objetivam a preservação da empresa em crise e o suprimento de sua função social.

Nesta seção será abordado o papel do Poder Judiciário na lei de recuperação de empresas e falências e a importância da atividade jurisdicional na concretização da função social da empresa.

⁴⁷¹ O artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 preceitua que o objetivo da Recuperação é a preservação da empresa, de forma a permitir a manutenção dos empregos, dentre outros objetivos.

5.2.1 O papel do Poder Judiciário na Lei de Falências e Recuperação de Empresas

Na resolução dos procedimentos de insolvência empresarial, o julgador estará diante de questões técnicas relativas à realidade de crise econômica da empresa as quais promoverão uma convergência do direito com disciplinas como economia, administração de empresas e contabilidade.⁴⁷²

Dessa forma, a capacidade do jurista de resolver os problemas dos empresários passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais. Nesse sentido, a noção da autonomia do Direito enfraquece, especialmente pela necessidade do conhecimento de institutos em outras áreas.⁴⁷³

Carlos Henrique Abrão⁴⁷⁴ e Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁷⁵ defendem que, diante da especificidade da matéria falimentar e de recuperação de empresas, existe a necessidade da criação de varas especializadas, com a capacitação dos juízes. Nos Estados onde essa medida foi implementada⁴⁷⁶, verificam-se resultados positivos, pois os juízos se aperfeiçoam na área e têm noções muito mais próximas dos problemas que atingem a atividade empresarial.

Além disso, existe a necessidade de uma assessoria técnica composta por administradores, economistas e contabilistas, preferencialmente do corpo técnico de carreira do próprio Judiciário, para que todos possam auxiliar o magistrado em todos os aspectos extrajurídicos que precisem ser avaliados em seu processo de convencimento.

Também se identifica a falta de acesso a banco de dados, e de comunicações com os órgãos de registro de empresas, Banco Central, Receita

⁴⁷² ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 164.

⁴⁷³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.87-88.

⁴⁷⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 165.

⁴⁷⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50.

⁴⁷⁶ Na cidade de São Paulo foram instaladas duas varas especializadas em falências e recuperações e também foi criada uma Câmara especializada no Tribunal de Justiça para todos os processos do Estado.

Federal e todos os suportes que favoreçam o processo de reorganização da atividade empresária.

Devem ser conjugados todos os esforços para dinamizar, tornar célere e dar efetividade à decisão a ser proferida, com a menor intervenção possível no sentido de reduzir os recursos e de valorizar as soluções.

O Judiciário passa a ser um participante ativo do processo de falência e recuperação, um colaborador direto e eficiente que conduz o destino da empresa em crise. O detalhamento técnico e a exigência de demonstrações, relatórios, laudos, informações e prestação de contas demonstram a transparência e a eficiência que devem existir no processo falimentar e de recuperação de empresas.

De forma geral, é identificada uma tendência de simplificação dos procedimentos legais, os quais poderão gerar a celeridade do processo a depender da técnica adotada pelo magistrado. Com a dinamização dos efeitos disponibilizados pela Lei n. 11.101/2005, surge a necessidade de um Judiciário sintonizado com as transformações do Século XXI, que possibilite um aprimoramento além das fronteiras do Direito, para que no envolvimento da crise da empresa, se obtenha um resultado prático e eficaz e não o agravamento da sua situação.⁴⁷⁷

5.2.2 A importância da atividade jurisdicional na concretização da Função Social da Empresa

A função social da empresa, como princípio que tem fundamentos constitucionais, somente poderá ser concretizada com uma adequada atuação dos atores jurídicos.

⁴⁷⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 171.

Conforme explica Márcia Carla Pereira Ribeiro⁴⁷⁸, o sentido da expressão “função social” não encontra definição normativa, determinando ao intérprete, a atribuição de identificar o conteúdo de seus termos.

Giselle Luciane de Oliveira Lopes Melo⁴⁷⁹ realiza um estudo sobre os parâmetros que podem ser utilizados para a aplicação da função social da empresa e defende que somente no momento da avaliação do caso concreto pelo juiz, que se pode examinar qual a decisão mais adequada para o atendimento dessa função social. Nesse sentido, o judiciário tem papel fundamental, embora ainda não esteja preparado para enfrentar os conflitos que ultrapassem a esfera dos direitos meramente individuais.

A mencionada autora⁴⁸⁰ utiliza a tese substancialista do direito como marco teórico para a delimitação da função social da empresa, que tem como referencial no Brasil: Lenio Streck, Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Melo, Eros Grau, Fábio Konder Comparato, dentre outros.

A noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico de forma a resgatar a força do Direito e entregar à jurisdição a tarefa de guardiã dos valores substantivos positivados na Constituição⁴⁸¹. Nesse sentido, a Constituição estabelece as condições do agir político-social e “passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado”⁴⁸². Diante da omissão dos poderes públicos no cumprimento da Constituição, “a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição”, ou seja, através do controle de constitucionalidade, o

⁴⁷⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Por uma nova dogmática para o Direito privado: Direito Privado e a noção funcional dos contratos empresariais. 2008. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Brasília: Fundação Boiteux, 2007. p. 2879-2898. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_carla_pereira_ribeiro.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008, p. 2885.

⁴⁷⁹ MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. A função social da empresa como parâmetro de legalidade. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 4, p. 277-317, jul./dez. 2005, p. 282.

⁴⁸⁰ MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. A função social da empresa como parâmetro de legalidade. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 4, p. 277-317, jul./dez. 2005, p. 288.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 127.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 37.

Judiciário poderá ser um empecilho para que as medidas que representem retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais e sociais sejam aplicadas⁴⁸³.

Assim, pela tese substancialista, o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que coloca em evidência a vontade geral implícita do direito positivo e, especialmente, do texto constitucional. Dessa forma, ele deve assumir uma postura ativa no âmbito das relações de poderes do Estado, mediante uma atuação que considere a precedência dos valores constitucionais.⁴⁸⁴

Defendendo posição semelhante, Paulo Bonavides⁴⁸⁵ entende que o método de interpretação conforme a Constituição ressalta a fidelidade à preservação do princípio da preservação dos poderes. Essa forma de interpretação proporciona aos juízes perceberem que a sua função não é desautorizar o legislativo, mas apenas controlá-lo, a partir do aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, reconhecendo-lhes, sempre que possível, a validade à luz da Constituição.

Paulo Bonavides⁴⁸⁶ ainda explica que interpretar conforme a Constituição significa não somente verificar se a lei está formalmente adequada com a lei maior, mas implica em determinar a compatibilidade material, o que vai conferir uma unidade da ordem jurídica e a observância do sistema de valores representados pelos princípios.

Em relação à função social da empresa, percebe-se que o seu fundamento constitucional está contido nos princípios da ordem econômica⁴⁸⁷. Esses princípios têm como orientação básica a efetivação da dignidade humana e da justiça social, que servem como condicionantes da atividade econômica e como norteamento para a interpretação das normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, a aplicação dos objetivos primordiais da legislação falimentar depende fundamentalmente da verificação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que a norteiam, pois eles influenciam o entendimento dos

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 156.

⁴⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.520.

⁴⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.520.

⁴⁸⁷ Cf. item 3.4.1

dispositivos dessa legislação, e definem a direção e a racionalidade do sistema falimentar para a concretização da função social da empresa.

Contudo, não se pode deixar de lembrar, que o poder de intervenção estatal pelo Poder Judiciário também acarreta conseqüências econômicas que não podem ser desconsideradas no momento da aplicação da lei, sob pena de repercutirem para além dos interesses das partes envolvidas no processo.⁴⁸⁸

O processo hermenêutico, portanto, é indispensável para conformar a norma diante do caso concreto e fazer com que os princípios que regem o novo sistema sejam realmente efetivados. Nesse passo, o grande desafio é superar um problema antigo que se apresenta diuturnamente na educação jurídica: reduzir o “fosso entre a teoria e a prática”⁴⁸⁹ e fazer da lei o “instrumento de cidadania na formação para o Direito”⁴⁹⁰.

Embora a Lei de Recuperação de Empresas e Falência seja objeto de diversas críticas, a avaliação de sua utilidade e benefícios passa por sua aplicação prática, pois o seu funcionamento eficiente, eficaz e justo depende de intérpretes e aplicadores competentes, honestos, diligentes e interessados na efetivação de seus objetivos maiores.

⁴⁸⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Por uma nova dogmática para o Direito privado: Direito Privado e a noção funcional dos contratos empresariais. 2008. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Brasília: Fundação Boiteux, 2007. p. 2879-2898. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_carla_pereira_ribeiro.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008, p. 2895.

⁴⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.332.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p.333.

6 CONCLUSÕES

Tendo vista a sistematização da pesquisa e a sua relação com a problemática central, serão apresentadas, a seguir, as conclusões decorrentes do desenvolvimento do tema:

1. O estudo do regime de insolvência empresarial conduz à análise da empresa como um fenômeno que se insere e interfere nos aspectos sociais, econômicos e jurídicos. A evolução da atividade mercantil, de seus primórdios até a atualidade, demonstra uma crescente complexidade das relações empresariais que hoje são organizadas em torno de centros de controle espalhados pelo mundo.

2. Todas as modificações provocadas pelo novo modelo organizacional possibilitam redução de custos, a maior eficiência das empresas, a descentralização das unidades produtivas e a flexibilidade das transações empresariais. Essa análise da evolução da atividade empresarial permitiu perceber que as transformações nos diversos setores da vida social, não se desenvolvem da mesma forma, de maneira que o Direito normalmente apresenta um atraso em relação aos demais setores.

3. A evolução histórica do Direito Comercial permite a compreensão das mudanças a que foi submetido até o atual Direito Empresarial. A evolução do comércio na Idade Média foi significativa para que os mercadores se organizassem em corporações de ofício e organizassem as normas que seriam aplicadas à sua classe (*Jus Mercatorum*). Na França, no Século XVII, foram realizadas as primeiras tentativas de unificação das leis comerciais com as ordenanças, as quais foram fundamentais para o surgimento do *Code de Commerce*, em 1807. Esse código inaugurou a teoria dos atos de comércio, que deslocou a base do Direito Comercial para os atos elencados na legislação.

4. Diante da inadequação da teoria dos atos de comércio, em 1942, na Itália, foi promulgado o Código Civil, que lançou os fundamentos da teoria da empresa. A empresa, considerada como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, tornou-se o núcleo do Direito, agora denominado Empresarial. No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da empresa ingressou definitivamente com a promulgação do Código Civil de 2002, que

revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, o qual ainda adotava a teoria dos atos de comércio.

5. A empresa pode ser compreendida por diversos pontos de vista, de acordo com o ramo do conhecimento que a analise. No Direito, o conceito de empresa é fundado em seu conceito econômico. Alberto Asquini elaborou um estudo sobre a empresa, considerando-a como um fenômeno econômico poliédrico, pois apresenta diversas noções jurídicas relativas aos aspectos econômicos. Sendo assim, a empresa ora é identificada com o empresário, ora com o estabelecimento, ora com a atividade ou como instituição.

6. As modificações ocorridas com a evolução do capitalismo industrial e a série de problemas desencadeados após a Primeira Guerra Mundial trouxeram importantes alterações à vida econômica e às instituições fundamentais do Direito Privado desde o final do Século XIX. A constitucionalização foi uma delas e tem por finalidade submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, ou seja, atualmente as constituições passaram a incorporar os princípios sobre o regime jurídico do Direito Privado, e estabelecem normas que limitam a esfera de ação e de liberdade dos legisladores.

7. A concepção socializadora e a funcionalização do Direito Privado causaram transformações em seus institutos essenciais: o individualismo cede diante dos princípios que implantam a corrente socializadora; a autonomia da vontade se limita; a propriedade absoluta em uso, gozo e disposição se transforma no conceito de que a propriedade exerce uma função social; o contrato passa a ser interpretado a partir de princípios ético-sociais e a responsabilidade subjetiva se organiza ao lado da responsabilidade objetiva. A solidariedade surge, assim, como uma forma de reconstruir o valor da pessoa, de possibilitar o seu pleno desenvolvimento e, portanto de sua “igual dignidade social”.

8. Nessa transformação, que atinge atualmente o Direito Privado, verifica-se que a cultura jurídica abandona o paradigma do sistema fechado, e começa a se direcionar em torno de outro paradigma, o de sistema aberto ou sistema de auto-referência relativa. Somente neste sistema, no qual se permite captar aquilo que está às suas margens, é possível verificar a adequada aplicação da função social. Percebe-se também, que a função social atua, no ordenamento

jurídico, como cláusula geral, aberta a significações em virtude de sua imprecisão. Assim, elas assumem um papel de integração e sistematização das demais normas e a sua concretização é direcionada ao aplicador da lei, o qual é levado a formar normas de decisão, vinculadas a efetivação de um valor, de um padrão social ou dos princípios.

9. A função social tem como elemento presente a idéia de um poder que não se exerce somente no interesse particular, mas também em prol da coletividade. Assim, os institutos de Direito Privado devem ser interpretados à luz da justiça social e da dignidade da pessoa humana. Assim, o conceito de propriedade privada como um direito subjetivo absoluto foi dando espaço à concepção da função social da propriedade, aproximando a esfera individual da coletiva. A garantia do direito à propriedade individual significa que ele deve ser exercido dentro de certos limites, tendo em vista um interesse geral e dando uma destinação que se adéqüe à função social. O contrato é o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade, mas também é considerado um instrumento de desenvolvimento social. Como um instrumento de organização e desenvolvimento social, o contrato muda de aparência para atender aos interesses jurídicos dessa nova época, sofrendo a intervenção do Estado, denominada de dirigismo contratual, em prol do interesse coletivo e fundado nos ditames de justiça social.

10. A definição de função social da empresa depende de sua caracterização como atividade que não se encontra restrita aos interesses particulares e objetivando o lucro, mas também como uma atividade cujo perfil funcional visa o atendimento de interesses coletivos. Assim, a empresa possui grande relevância social, vez que é responsável pela empregabilidade, pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais e pela produção de bens e serviços que suprirão as necessidades humanas e promoverão o desenvolvimento sócio-econômico. A efetivação da função social da empresa, por sua vez, não pode afastar o fato de que os agentes econômicos buscam a obtenção do lucro no desenvolvimento da empresa, e eles sempre se encaminharão no sentido de alcançar maiores vantagens em relação aos seus concorrentes.

11. Os fundamentos da função social da empresa encontram-se expressos na Constituição Federal a partir do elenco dos princípios que devem ser observados na ordem econômica, os quais promovem um condicionamento da atividade econômica à justiça social. Essa sujeição, porém, não poderá suprimir as liberdades e os direitos dos empresários, nem tornar a empresa um meio para os fins da sociedade, mas terá como objetivo mostrar o compromisso e as responsabilidades da empresa, inserindo a solidariedade social na atividade econômica.

12. Na empresa, evidencia-se a necessária confluência entre a propriedade e o contrato para o desenvolvimento da atividade econômica. Diante disso, podem-se buscar as projeções da função social da empresa, tanto na propriedade como no contrato. A função social da propriedade como suporte jurídico da função social da empresa fica manifesta quando os bens de produção são postos em dinamismo. A função social do contrato como expressão jurídica da função social da empresa se demonstra a partir do momento em que o contrato passa a ser um mecanismo funcional e instrumental que permite o desempenho da atividade empresarial.

13. A falência pode ser analisada sob a ótica do direito material ou do direito processual. No primeiro sentido, a falência corresponde à situação do patrimônio de uma empresa impotente à satisfação de seus débitos. No segundo, corresponde a uma organização legal de medidas administrativas e judiciais tendente à liquidação e satisfação de todo o crédito que seu patrimônio suportar, em condições de igualdade entre credores. A falência atinge não somente a esfera jurídica, mas também a esfera social e a econômica nas quais uma organização empresarial encontra-se inserida. Assim, como um fenômeno econômico, é um fato patológico do desenvolvimento da economia creditícia.

14. O tratamento jurídico da insolvência empresarial evoluiu de uma situação de extrema crueldade, na qual a pessoa do devedor era a garantia dos credores, para um sistema no qual o devedor passou a responder com o seu patrimônio, mas que ainda representava um caráter punitivo com o estabelecimento de diversas normas inibidoras de fraudes. Somente posteriormente, houve uma

percepção por parte dos juristas de que a atividade empresarial sempre envolve o risco e que nem sempre as falências eram fraudulentas.

15. No Brasil, antes de 2005, vigorava o Decreto-lei n. 7.661/1945, uma legislação que era incompatível com a complexidade, sofisticação e desenvolvimento da atividade empresária. Ademais, ela não se ajustava com as tendências de preservação da empresa como um ente produtivo, capaz de promover a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, a criação e manutenção de empregos, de satisfazer as necessidades socialmente úteis, de servir como fonte pagadora de tributos e como um meio de desenvolvimento de novas tecnologias.

16. A inadequação do regime jurídico falimentar à realidade socioeconômica brasileira levou à elaboração do Projeto de Lei n. 4.376/1993, depois transformado na Lei n. 11.101/2005, de 09/02/2005. Com a denominação de Lei de Recuperação e Falências, este diploma legal extinguiu o instituto da concordata, criou a recuperação judicial e extrajudicial e manteve a falência com alterações. Nesta legislação se verifica uma preocupação com a manutenção da empresa como atividade e se estabelece uma nítida diferença entre a atividade empresária e os seus titulares ou administradores.

17. No tratamento da insolvência empresarial não é possível ser inflexível diante das disfunções encontradas no mercado, sob pena de inviabilizar a manutenção de diversos empreendimentos recuperáveis, afetando interesses generalizados. Assim, a atividade governamental torna-se necessária para prover a segurança jurídica e econômica que o modo de produção atual exige, sendo necessário equilibrar os interesses individuais e coletivos. A legislação falimentar tem diversos objetivos do ponto de vista econômico, dentre os quais podem ser destacados: extinguir as empresa ineficientes; realocar ativos de empreendedores menos para os mais competentes, e de devedores para os credores, aumentando a eficiência do sistema; e finalmente criar um sistema de incentivos para que o comportamento dos empresários aumente a eficiência das relações econômicas. A nova lei deixa de interferir diretamente nos aspectos relativos à produção, organização e gestão empresarial já que não estabelece uma fórmula pronta capaz de retirar o empresário de uma crise de insolvabilidade.

18. O caráter socializante presente na Lei n. 11.101/2005 reflete a adoção da função social da empresa no direito falimentar brasileiro. Diversos dispositivos dessa lei revelam que as suas aplicações e os seus efeitos são essenciais para a conformação daquele princípio no direito concursal atual.

19. A recuperação de empresas é um reflexo do princípio da preservação da atividade econômica viável, o qual é o foco presente na Lei n. 11.101/2005. A falência passa a ser uma solução residual, aplicável apenas às empresas economicamente inviáveis. Nesse sentido, o art. 47 da mencionada Lei funciona como diretiva de interpretação, como norma-objetivo que tem a finalidade de fixar os propósitos a serem atingidos ou expressar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários. Numa dimensão interna, percebe-se, dentre os objetivos, a necessidade de preservação da empresa e dos postos de trabalho. Já, externamente, deve-se conciliar a função social, o estímulo à atividade econômica e os interesses dos credores.

20. A regulamentação dos contratos firmados pelo devedor é uma das grandes preocupações ocorridas com a decretação da falência ou a concessão da recuperação judicial de um empresário. No processo falimentar, os contratos recebem tratamento jurídico diferenciado. A disposição geral sobre os contratos na falência autoriza a resolução dos bilaterais não cumpridos e, dos unilaterais, por decisão do administrador judicial. Essa decisão deverá ser pautada no elemento da eficiência visando à maximização dos ativos. Esse regime pode ser interpretado como a aplicação da função social da empresa, pois ainda que o empresário esteja submetido a um processo que resultará na sua extinção ou reestruturação, admite-se a manutenção dos vínculos contratuais firmados, sempre com o escopo manter valorizado o ativo empresarial e por consequência não prejudicar os entes envolvidos com o empresário devedor.

21. Na Lei n. 11.101/2005 a determinação de que a realização do ativo ocorrerá logo após a arrecadação dos bens, deve-se ao objetivo central da falência, que consiste na liquidação judicial do patrimônio do empresário falido visando à preservação do valor do ativo e a utilização produtiva dos bens, que somente se alcança através de procedimentos que garantam a eficiência na

realização do ativo. Isso fica bastante claro pela ordem de preferência estabelecida para a alienação no art. 140 da mencionada lei.

22. Um dos pontos mais importantes numa lei de recuperação de empresas e falências é a sucessão de obrigações relacionada à alienação do ativo. A ausência de sucessão de obrigações de qualquer natureza, inclusive tributária e trabalhista, na alienação judicial de ativos na recuperação e na falência elimina a insegurança do adquirente em relação ao tamanho do passivo (que inibia o interesse de potenciais compradores no processo de realização do ativo dos empresários submetidos ao regime falimentar) e gera uma valorização do ativo, incentivando a aquisição de unidades produtivas de empresas submetidas ao regime falimentar e de recuperação.

23. Outra forma de continuidade da empresa na falência é a formação de sociedade de credores ou de empregados, como forma alternativa de realização do ativo da sociedade falida. A gestão da empresa pelos empregados faz perceber que o objetivo primordial passa a ser a sobrevivência da atividade e a continuação dos postos de trabalho. A humanização e a solidariedade ganham destaque quando os trabalhadores, em detrimento de seus direitos de crédito, se preocupam com o bem-estar geral para assegurar a estabilidade econômico-financeira da empresa.

24. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida é apurada no próprio juízo falimentar. Trata-se de apuração de responsabilidade própria dos gestores perante a sociedade e terceiros, por culpa no desempenho de suas funções. Nesse sentido, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica evita que a empresa seja atingida pelo abuso ou fraude praticada. A sua importância para o Direito Falimentar e para a concretização da função social da empresa é que ela permite que o agente responsável pela prática de ato abusivo da personalidade jurídica seja responsabilizado e evite que o patrimônio social seja atingido e cause prejuízos à coletividade.

25. Na Lei n. 11.101/2005 a recuperação das micro e pequenas empresas pode ser realizada por um plano especial. De certo, a complexidade do regime da recuperação judicial para as empresas em geral dificulta as pequenas

empresas obterem sua reestruturação. O objetivo desse plano especial é oferecer um tratamento jurídico menos oneroso, mais simplificado para uma estrutura empresarial de pouca complexidade. Nesse aspecto, representa uma forma de promoção da função social da empresa, pois possibilita a manutenção de uma atividade que irá manter o emprego de diversas pessoas, além de contribuir para o desenvolvimento nacional.

26. A Lei n. 11.101/2005 representa uma forma de interferência na atividade econômica que favorece o desenvolvimento socioeconômico. Nos três institutos previstos nesta lei (recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência) se percebe uma preocupação não somente nos indicativos econômicos como também nos indicativos sociais.

27. A celeridade a que se propõe o regime falimentar atual encontra-se positivada em diversos dispositivos, especialmente no parágrafo único do art. 75. A facilidade e a rápida transferência da empresa ou de suas partes viáveis para um novo empreendedor e melhor capacitado para administrá-la, aumenta a eficiência do sistema econômico ao se encerrar as atividades de um negócio, isso porque permite a manutenção das garantias e sua baixa depreciação.

28. O encerramento de empresas viáveis ensejaria a desconfiança dos consumidores e proporcionaria um crescimento de lides indenizatórias decorrentes do não cumprimento das obrigações contratuais assumidas. Sendo assim, a preservação da atividade empresarial através da recuperação ou até mesmo no processo de falência também é condizente com a tutela dos consumidores e deve ser sopesada pelo aplicador do direito.

29. Uma política de pleno emprego busca como resultado a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais. A preservação da empresa como premissa contida na lei, nos procedimentos de falência e recuperação, visa à manutenção dos empregos, a proteção dos interesses dos credores e a otimização dos bens ativos e dos recursos produtivos da empresa, e representa mais uma forma da influência da função social no regime falimentar.

30. Na Lei 11.101/2005, o Judiciário passa a ser um participante ativo do processo de falência e recuperação, um colaborador direto e eficiente que

conduz o destino da empresa em crise. Contudo, o julgador estará diante de questões técnicas não jurídicas, o que o fará depender de uma capacitação e de uma assessoria técnica por posta por profissionais de outras áreas, para dinamizar, tornar célere e dar efetividade à decisão judicial.

31. De tudo o que foi exposto, conclui-se que o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que coloca em evidência a vontade geral implícita do direito positivo e, especialmente, do texto constitucional. O processo hermenêutico, portanto, é indispensável para conformar a norma diante do caso concreto e fazer com que os princípios que regem o novo sistema de recuperação e falências sejam realmente efetivados.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano 39, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito: Fundamentos para uma Política de Pleno Emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Eduardo de Carvalho; KNOPFELMACHER, Marcelo. A Responsabilidade Tributária dos Sucessores perante a Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo, RT, 1985.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTELLS, MANUEL. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do Direito Falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Preservação da empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALLAZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

COASE, Ronald Henry. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas: lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

_____.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2003, vol. I.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Questões polêmicas da Nova Lei de Falências. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 9-24, jan./jun. 2005.

D'AVACK, Carlo. **La natura Giuridica del Fallimento**. Padova: Cedam, 1940.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 vol.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica: em el derecho privado**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa**. São Paulo: Método, 2004.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. **Las Transformaciones Del Derecho: Público y Privado**. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo, RT, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial**: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARA, Francesco. **Il fallimento**. Milão: Giuffrè, 1959.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1.

FISTAROL, Mauro Cesar. **O Estado, a Organização Empresarial Capitalista e o novo modelo regulador de falências**, 2005. 159 p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional). Universidade Regional de Blumenau. Blumenau.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**: comparações com as posições do Direito Europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **A Era da incerteza.** Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: Universidade de Brasília, 1979.

_____. **Desenvolvimento Econômico em Perspectiva.** Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

_____. ***Insituizioni di Diritto Privato: Con tavole de comparazione giuridica.*** 2. ed. Padova: Cedam, 2002.

_____. ***Storia del diritto commerciale.*** Bolonha: Società editrice il Mulino, 1976.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil.** São Paulo, Atlas, 2007.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro.** 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo.

GOLDSCHMIDT, Levin. ***Storia Universale del Diritto Commerciale.*** Tradução Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Turim: UTET, 1913.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito e Desenvolvimento.** Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1961.

_____. **Direitos Reais.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Introdução ao direito civil.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica.** 12. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

GUIJARRO, Enrique Díaz. ***Transformaciones Modernas del Derecho Civil.*** Buenos Aires: Antologia Jurídica, 1935.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Código de Hamurábi: O Manual dos Inquisidores: A Lei das XII Tábuas: A Lei do Talião.** São Paulo: Rideel, 2006.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem.** Tradução Waltensir Dutra. 21 ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade:** função social e abuso do poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da Sociedade Industrial.** Tradução de Giasone Rebuá. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: RT, 2000.

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____. ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. A função social da empresa como parâmetro de legalidade. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 4, p. 277-317, jul./dez. 2005.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v.1.

_____. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 6.

_____. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v.7.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e teoria da empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2v.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NAVARRINI, Umberto. *Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione*. Bolonha: Zanichelli, 1934.

NEGRÃO, Ricardo. **A Eficiência do processo Judicial na Recuperação de empresa**. 2007. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

_____. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado: no atual momento histórico**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa**. 2008. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Universidade Federal da Bahia. Salvador.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar**: de acordo com a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. 2006. 251 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

_____. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROUX, François. **Ensaio sobre a Filosofia do Novo Desenvolvimento**. Tradução L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Joint ventures**: contratos de parceria empresarial no direito brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri, SP: Manole, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005.

_____. Por uma nova dogmática para o Direito privado: Direito Privado e a noção funcional dos contratos empresariais. 2008. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM

DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Brasília: Fundação Boiteux, 2007. p. 2879-2898. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_carla_pereira_ribeiro.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008.

_____. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função.** Curitiba: Juruá, 2004.

RIPERT, Georges. **Aspetos Jurídicos do Capitalismo Moderno.** Campinas: Red Livros, 2002.

ROCCO, Alfredo. *Il fallimento: teoria generale ed origine storica.* Turim: Bocca, 1917.

_____. **Princípios de Direito Comercial.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato.** Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

SANTOS, Paulo Penalva. Os Contratos na Recuperação Judicial e na Falência. *In:* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SASSI, Salvatore. *Il Sistema dei Rischi d'Impresa.* Milão: Francesco Vallardi, 1940.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico.** Tradução Maria Sílvia Possas. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural. 1988.

SEMO, Giorgio de. **Diritto Fallimentare.** 5 ed. Padova: Cedam, 1967.

SENATO DELLA REPUBBLICA. Senado da República Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 04 nov.2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. 2.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. Tradução Maria Tereza de Lemos Lima. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139-167. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio: Forense, 2004.

TOKARS, Fábio. **Estabelecimento Empresarial**. São Paulo: LTr, 2006.

TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Cláudia Aparecida de Souza. **A função Social da Empresa:** para além da *Summa Divisio*, 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Regras de Aplicação e Interpretação no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.