V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

RICARDO OLIVERA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Ricardo Olivera – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-234-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito empresarial. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I, durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, qual se realizou entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, em Montevidéu - UY.

Os trabalhos apresentados fomentaram importante debate entre os profissionais e acadêmicos, representando assim um importante espaço de interação em torno de questões teóricas e práticas, vivenciadas na área do Direito Empresarial /Comercial.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos que foram submetidos a critérios rigorosos de seleção, que se deu através de avaliação por pares, a fim de garantir, além da imparcialidade, aqueles que apresentavam melhor qualidade sob o ponto de vista da profundidade e complexidade dos temas propostos bem como dos demais critérios exigidos no Edital.

Os artigos apresentados no GT foram reunidos pela aproximação dos temas propostos, a fim de que pudessem ampliar e enriquecer os debates suscitados. A diversidade de propostas contidas nos estudos apresentados permitiram aos pesquisadores aprofundar e ampliar a compreensão sobre temas como: A Função e Responsabilidade Social da Empresa, o direito falimentar e recuperação judicial das empresas, Lei Anticorrupção, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, assuntos relacionados à Responsabilidade Civil dos administradores, além da temática relacionada ao mercado de valores mobiliários. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Certamente as publicações que integram o livro do GT Direito Empresarial, consolidarão ainda mais o espaço e a relevância que ocupa o Direito Empresarial, presente de forma indissociável e imbricada nas grades curriculares dos Cursos de graduação e Pós Graduação.

Espera-se que a publicação da Coletânea contribua para a reflexão e o aprofundamento e das temáticas propostas,

Profa. Dra. Isabel Christine Silva De Gregori - UFSM

Prof. Dr. Ricardo Olivera

A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS E OS PRINCIPIOS DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

BANKRUPCY AND FIRMS RECOVERY LAW AND THE PRINCIPLES OF LAW BY RONALD DWORKIN

Jose Antonio da Barbara [1]
Fernando Pavan Baptista [2]

Resumo

A Lei nº 11.101/2005 tem como regimento legal à superação da situação de crise do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, princípios fundamentais do direito incorporados à norma e que refletem a teoria apresentada por Dworkin no livro "Levando os Direitos a Sério", afirmando que regras e princípios são normas jurídicas, que possuem estruturas lógicas distintas e que principalmente, uma boa interpretação jurídica, repousa na melhor interpretação moral das regras vigentes na comunidade.

Palavras-chave: Recuperação judicial de empresas, Princípios do direito, Preservação da empresa, Função social

Abstract/Resumen/Résumé

The Law number 11.101/2005 has as its legal regiment the overcoming of debtor's crisis situation, to allow him the maintenance of the productive source, the workforce Jobs, and the creditor's interests, promoting the company's preservation, its social function and the stimulation to economic activities. Law fundamental principles, integrated to a rule, reflects the Theory presented by Dowrkin on his book "Taking the Rights Seriously", where he affirms that rules and principles are legal rules, which have different logical structures, and mainly a good judicial interpretation, lies on the best moral interpretation of the current community rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Companies judicial recovery, Principles of law, Companies's preservation, Social function

[1] Mestrando em Direitos Fundamentais

[2] Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito

INTRODUÇÃO

As empresas tomam decisões de investimentos e de produção em função da expectativa de lucros futuros e do crescimento da companhia, estratégias traçadas quase sempre, em um ambiente de incerteza e que se complica ainda mais diante da crise econômica e politica que ocupa o cenário do nosso país, impossibilitando assim uma previsibilidade e proteção para todos os riscos existentes. Diante desse cenário, cada vez mais as empresas se utilizam do instrumento recuperatório, como forma de proteção de seus ativos e garantia da continuidade de seus negócios.

Ressaltamos que neste ano tivemos, no Brasil, um aumento de 95% nas solicitações de recuperação judicial, comparativamente a igual período do ano passado, segundo a pesquisa do Indicador Serasa Experian. O volume é o mais elevado para o período desde a entrada em vigor da nova Lei. Para os economistas da Serasa, esse avanço se deve ao "atual quadro recessivo, que já vem se arrastando por dois anos". Eles lembram que "as dificuldades na obtenção de crédito têm prejudicado a solvência financeira das empresas, levando os pedidos de recuperação a recordes históricos".

Trataremos, portanto, da lei nº 11.101 de 09/02/2005, denominada Lei de Recuperação de Empresas e Falências, que completou 11 anos de existência, uma lei nova, ainda cheia de lacunas e com interpretações diversas em sua aplicabilidade, dificultando o entendimento de todos os envolvidos, quer sejam os seus principais interlocutores, que são os administradores da empresa recuperanda e seu credores (bancos, fornecedores, clientes e outros), bem como funcionários, fisco e, inclusive, o próprio poder judiciário, representado pelo Administrador Judicial e o Juiz da Causa, agentes estes que passam a ter um papel fundamental e direto nos procedimentos adotados, quando da homologação do plano de recuperação judicial – PRJ, a ser apresentado pela recuperanda.

Para entender profundamente a funcionalidade e aplicabilidade das regras de um sistema jurídico é imprescindível buscar o objetivo visado pelo legislador quando da promulgação da lei, para que possamos assim, compreender e verificar a racionalidade do regime no qual elas estão inseridas. Vale dizer, que é importantíssimo identificar o objetivo principal que o legislador procurou buscar, a direção dado por ele ao texto da norma, que se consolida nos princípios informadores da lei, e entender os mecanismos elaborados por ele para que se possa ter uma correta interpretação e aplicação da lei, seja ela qual for.

A recuperação de empresas se funda em alguns princípios basilares, nos quais é constituída sua legislação. A lei tratou de consagrar principalmente os princípios da preservação da empresa e da função social, norteadores para a interpretação de todos os artigos da referida norma.

O artigo 47 da lei é o que traz em sua interpretação, de forma direta, a diretriz principal da norma, que no campo da recuperação, é exatamente isto o que merece ser transcrito, como verdadeira declaração de princípios:

> "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".

Portanto, a recuperação judicial de empresas constitui um favor legal destinado ao empresário ou à sociedade empresária, para que supere o estado de crise [01] econômico-financeira de sua empresa, de sorte a permitir a continuidade de seus negócios e de seu fim social e estimular a atividade econômica própria dela. Objetiva também a Lei, fornecer aos credores um mecanismo de preservação dos créditos, além de ser um instituto que busca beneficiar toda a coletividade, posto que visa a "manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e interesses dos credores", conceitua Clóvis Antonio Maluf. [02]

A verificação destes princípios basilares passa também pela análise da viabilidade da empresa. Se a mesma respeita os supracitados princípios, por consequência pode ser considerada uma empresa viável, podendo, então, se submeter ao processo de recuperação.

Nesse sentido, parece-nos que conhecer os valores abrigados pelas regras jurídicas e pelos princípios informadores da Lei de Recuperação de Empresas e Falências é pressuposto para bem compreender o alcance dos seus diversos dispositivos. Daí a importância da teoria de Ronald Dworkin e o estudo aprofundado dos princípios do direito.

---

[01] Crise pode-se entender como descompasso entre a rapidez da exigência do passivo e a morosidade na captação de ativos necessários para cobri-lo.

1. A Teoria de Ronald Dworkin e a Recuperação de Empresas.

A obra de Dworkin utilizada como base deste artigo, o livro “Levando os Direitos a Sério”, é fundamentalmente uma crítica direta ao positivismo jurídico e principalmente ao positivismo de Herbert Hart, que defendia que o sistema jurídico é um ordenamento baseado tão somente em regras e que pela textura aberta da linguagem jurídica que possibilita variadas interpretações, o interprete, no momento que fosse decidir o caso, poderia decidir de várias maneiras e teria uma margem ampla de possibilidades. Hart chamava isso de discricionariedade.

Dessa forma, aplicando-se a teoria positivista, relativamente ao processo de Recuperação Judicial das Empresas, o juiz, ao homologar o plano de recuperação apresentado pela empresa, deveria analisar o caso concreto e aplicar tão somente o texto da lei, utilizando-se da discricionariedade para os casos mais difíceis.

Dworkin vai além dessa teoria, apresentando uma teoria liberal do direito e não só uma teoria que veio combater a teoria do positivismo, considerando não só as regras pré-existentes, mas também preocupado com o que os juízes fazem.

Filósofo do direito norte-americano e professor em escolas de New York e Londres, Dworkin indaga em sua obra se os juízes aplicam puramente regras ou se criam regras depois do surgimento do caso concreto, e aplicam retroativamente, isso porque a Suprema Corte, ao decidir um caso, cita razões que normalmente não estão escritas e se parecem mais com princípios de justiça.

É no principal capítulo da obra, o capitulo dois do livro, intitulado de "O Modelo de Regras I", que o autor faz a distinção entre regras e princípios e que o positivismo é um modelo pautado em regras e que esse modelo não consegue contemplar corretamente os princípios, bem como seu papel no ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin destaca em sua obra [03] o conceito de direitos e obrigações segundo sua teoria, particularmente indagando quais direitos às pessoas têm e quais deveres ou obrigações elas possuem, isso porque, sempre que se avalia quais os direitos e obrigações de uma pessoa, pode-se encontrar profundas divergências entre as pessoas, pois os interpretes podem estar pautados em critérios divergentes.

Essas divergências não são erros a serem corrigidos, mas sim o ponto de partida para definir que tipo de prática é o direito, pautado em critérios de moral e politica e norteado em um modelo interpretativo.

Trazendo referida teoria para o campo jurídico da recuperação judicial brasileira, podemos entender que o legislador não se limitou tão somente a incluir no texto da lei regras estabelecidas pelo antigo decreto-lei, que vigorava no Brasil desde 1945, período que o país passava por um contexto politico e social ditatorial, totalmente diferente do contexto atual, mas trouxe uma preocupação explicita pela preservação e continuidade da empresa e seus empregos no momento da crise, desta forma têm em destaque princípios do direito, que passaram a ser considerados pelos juízes, quando da homologação de um plano, objetivando, assim, o atendimento da norma basilar do artigo 47º.

Identifica-se, portanto a valoração de princípios do instituto de acordo com o caso concreto a ser analisado, incluindo um peso ou importância, / ponderação a ser considerada. Dworkin afirma que em determinados casos alguns princípios vão ser valorados ou vão ter mais importância do que outros, o que vale dizer que esses outros que foram preteridos no processo interpretativo, não deixam de ter validade, mas sim que eles têm menos peso para resolver aquele caso concreto, é por isso hoje falamos de sopesamento dos princípios.

Relativamente às regras, o autor aponta, como distinção principal, que funcionam pelo esquema lógico do TUDO ou NADA, o que vale dizer, ou a regra é valida e serve para decidir aquele caso concreto ou a regra não é valida e não serve para decidir o caso concreto.

Uma vez que os princípios não são regras, a primeira ideia básica da teoria do positivismo, de que o direito consiste exclusivamente de regras, teria sido afastada. Para Dworkin, a regra de reconhecimento é um teste de pedigree, isto é, um teste de validade das regras com base nas fontes que as produziram. Deste ponto de vista, uma regra não é válida a partir de seu conteúdo, mas dependendo da fonte (constituição, legislação, precedente) que a produziu, ser ou não socialmente autorizada a criar direito.

Ora, um teste desse tipo não poderia se aplicar aos princípios por duas razões: primeiro, porque princípios não são válidos (no sentido de tornados válidos por meio de um teste formal prévio), mas são obrigatórios por força de seu conteúdo e das exigências de justiça que representam; segundo, porque, estando implícitos no material jurídico e nas

decisões do passado, os princípios não podem, como as regras, ser exaustivamente listados e formar uma lista definitiva, sendo, ao contrário, perpetuamente descobertos ou construídos em processos interpretativos de aplicação do direito.

Isso afastaria também a segunda ideia básica do positivismo, de que o conteúdo do direito pode ser inteiramente determinado por meio de um teste de pedigree chamado regra de reconhecimento. Tal teste poderia até determinar quais as regras válidas, mas não quais os princípios obrigatórios a que os juízes podem recorrer para solucionar casos difíceis.

Finalmente, Dworkin acredita que a constatação da existência dos princípios jurídicos afastaria a terceira ideia, a da discricionariedade judicial. Para Dworkin, há três tipos de discricionariedade: (a) aquela em que há critério para a decisão, mas o critério não é mecânico e exige alguma interpretação e exercício do juízo por parte do intérprete; (b) aquela em que há critério para a decisão, mas a decisão será definitiva quer tenha aplicado o critério do modo mais correto ou não; e (c) aquela em que não existem critérios para a decisão, e quem a toma está autorizado a aplicar qualquer critério de sua própria escolha, ou inclusive nenhum. Para Dworkin, os sentidos (a) e (b) são fracos e não preocupantes, são fatos inevitáveis do exercício do direito. É o sentido (c) que se mostra preocupante, porque implicaria arbitrariedade (o critério da decisão seria do juiz, e não do direito) e retroatividade (o critério seria determinado após a ocorrência do fato) da decisão.

Além disso, Dworkin também defende que os princípios não podem ser adotados indiscriminadamente, porque desse modo não existiria nenhuma regra, pois toda vez que surgisse uma regra, encontrar-se-ia um principio que a substituiria, gerando assim grandes problemas ao processo e falta de segurança jurídica. Essa é uma grande questão em pauta hoje em dia, quando falamos sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive no processo da Recuperação Judicial, onde temos diversos agentes envolvidos e regras mínimas devem ser impostas e respeitadas.

2. Princípios da Lei de Recuperação de Empresas e Falências

A Lei 11.101/2005 trouxe alguns princípios básicos e algumas alterações fundamentais, pois em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada, porque gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do conjunto econômico representado pelos chamados intangíveis, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, "know-how", treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

A empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja falência, desde que se consiga aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade.

Caso haja problemas "incuráveis" na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover, de forma rápida e eficiente, sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades em dificuldades insanáveis na condução do negócio.

Os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com prioridade no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

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

Ademais, é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que traz morosidade em seu curso.

Deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fiquem prejudicados o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

Importante que os credores participem ativamente dos processos de recuperação judicial, e caso ocorra, da falência, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, busquem aumentar os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou má administração dos recursos da empresa ou da massa falida.

A lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis.

É preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores. Nem sempre é possível a perfeita satisfação de todos os credores, principalmente quando há conflito entre os mesmos destaca Rubens Approbato Machado. [04]

Diante de todo o exposto, e em admiração à teoria apresentada por Dworkin, passamos a tratar um a um, daqueles que consideramos como princípios basilares que norteiam a Lei de Recuperação de Empresas e Falências e seus corolários, lembrando que não se limitam aos aqui apresentados.

2.1. Princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa se encontra positivado pelo legislador no artigo 47° da lei de Recuperação de Empresas e Falências, diante da sua enorme importância.

Por isso, para uma melhor interpretação do principio, trazemos o conceito de Nelson Nones, que mostra de forma clara e objetiva a essência do mesmo. [05]:

> “Do ponto de vista conceitual, o princípio da preservação da empresa é um princípio geral de direito de aplicação prática que tem por escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante do prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores e à Sociedade Civil. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico geral a ser aplicado pelo Poder Judiciário aos casos concretos para garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.”

Com uma analise aprofundada desse principio, podemos observar que não se trata de um principio exclusivo do direito empresarial, mas podemos retirar deste conceito, que a aplicabilidade do mesmo traz consequências de ordem prática, realizada pelo judiciário.

Este é o princípio norteador da recuperação de empresas, que deve ser lembrado na interpretação de todos os artigos do diploma legal que tratam da recuperação judicial.

Como vimos, o interesse de preservar a empresa é do Estado, e este o faz para proteger a sociedade das consequências da falência, sendo assim, apresentamos também um conceito de empresa de Ulhoa, [06] que entendemos adequado para o estudo em pauta:

> “Uma união de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar sequelas. Podemos retirar deste conceito o grande valor que tem o princípio da preservação da empresa. O principal ponto é que a empresa gera trabalho, empregos diretos e indiretos. Não podemos pensar que quando uma empresa fecha as portas apenas seus trabalhadores é que ficam desempregados.”

Diante do conceito acima, podemos entender que uma empresa gera muitos empregos diretos e indiretos. Caso a empresa venha a falir, seu fornecedor, por exemplo, que é quem lhe vende o produto, também poderá ser afetado com a falência da empresa, o que pode lhe ocasionar impactos em sua atividade, e a depender da representatividade da operação

comercial existente entre esses dois agentes, causar-lhe inclusive o encerramento de suas atividades (o elo na imensa corrente do mercado).

A empresa em funcionamento gera riquezas ao mercado, tributos ao governo (tanto na esfera federal, estadual como também municipal), e fonte de empregos, portanto com o seu encerramento, com certeza teremos interrompida essa fonte, afetando não só empregos, mas também os investimentos do Estado na comunidade, diante da diminuição dos tributos arrecadados.

A empresa representa um dos principais pilares da economia moderna, proporcionando postos de trabalho, rendas tributárias e de fornecimento de produtos e serviços em geral, além de impulsionar o mercado da livre concorrência, estimulando a lei da oferta e da procura.

Como o próprio conceito de empresa citado acima, não há como uma companhia ativa economicamente encerrar suas atividades sem deixar sequelas na sociedade, por isso se faz necessário lutar pela sua preservação, aplicando-se o instituto da recuperação; e é esta a finalidade do artigo 47° da lei 11.101/2005, preservar a empresa para proteger a sociedade, e não somente os seus sócios.

2.2. Função Social da Empresa

A empresa tem um papel social de extrema relevância, pois proporciona a criação de empregos e, diante disto, gera riquezas e o desenvolvimento econômico nacional.

A função social da empresa é, portanto um conjunto de direitos e obrigações, como descritos por Dworkin em sua obra, e que estão relacionados entre si, trazendo direitos a uma parte, mas também impondo um dever a parte oposta. Como exemplos, o exercício da propriedade, o contrato e a empresa.

Assim sendo, sabemos que a empresa tem obrigações, deveres a serem cumpridos perante a sociedade. Esse ente denominado Empresa, não pode exercer apenas seus direitos, abdicando-se de seus deveres, os quais se entendem como deveres sociais a serem preenchidos pela empresa para satisfazer sua função social.

A recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico - financeira em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional.

Fala-se em função social, pois aquele empregado da empresa, com o recebimento de seu salário, tem, por exemplo, a possibilidade de comprar um determinado bem ou serviço em uma loja do comércio, gerando renda ao estabelecimento, que por consequência mantem seus empregados, podendo inclusive criar novos postos de trabalho. É uma corrente de mercado, e por conta desta, entendemos o quanto a empresa significa para a sociedade. São as empresas que levam o país a se desenvolver economicamente, e por consequência deste fato, ao desenvolvimento econômico e social e geração de novos empregos.

Todavia, uma empresa não cumpre sua função social só porque gera emprego. É compromisso da empresa também preservar o meio ambiente em geral, produzindo bens e mercadorias e/ou prestando serviços que não agridem o meio ambiente. Portanto, quando se analisa se determinada empresa cumpre sua função social, não podemos restringir esta análise apenas a manutenção e criação de empregos, mas também a tantas outras ações que as empresas podem tomar para cumprir sua função social. É o que nos diz Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira [07]:

> "A função social da empresa surge mesclada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador."

A busca por ações sociais, bem como sócio-ambientais adotados pela empresa, para o cumprimento de sua função social aproximam empresa e comunidade, e, portanto, temos aqui o exercício de interesses distintos, a procura da satisfação das vontades de todos os agentes envolvidos.

Importante destacar que, ao contrário do que acima já exposto, descumpre, assim, a função social da empresa aquele empresário que faz uso da prática da concorrência desleal, que exerce sua atividade de modo gravoso ao meio ambiente, aquele que não observa a segurança e a saúde de seus funcionários e clientes, aquele que sonega ou deixa de recolher os

impostos e direitos trabalhistas, aquele que pratica atos de ingerência, entre outros tantos motivos. [08]

É possível concluir que o princípio da função social da empresa está profundamente relacionado com o da preservação da empresa, pois se uma empresa cumpre seu papel social, ela merece ser preservada.

2.3. Viabilidade da Empresa

À análise da viabilidade da empresa está ligado, principalmente, ao estudo dos dois princípios anteriores.

O processo de recuperação judicial é oneroso, gerando custas processuais, honorários a profissionais, peritos, além de gerar um custo social.

Ademais, para o processo de recuperação judicial, não basta apenas verificar a viabilidade e atendimento dos princípios da preservação e função social da empresa, mas verificar, se o plano de recuperação judicial a ser aprovado, possa cumprir com essa viabilidade, sem prejudicar os interesses da empresa, seus trabalhadores e credores em geral.

Portanto, além da viabilidade econômica e financeira a ser apresentada e aprovada por um plano, se faz necessário também verificar e valorar qual o objetivo da empresa, identificando os benefícios que a mesma proporciona para a sociedade, e então concluir se ela é viável ou não.

Por isso atualmente se debate muito a continuidade de empresas que não cumprem ou não cumpriram seu papel social, a exemplo do acidente ambiental causado pela empresa Samarco em Minas Gerais. Cabe aqui questionar: Essa empresa gera empregos, mas como vimos, “função social” não é só gerar empregos, também é preservar o meio ambiente, portanto merece ter continuidade? Ela é viável economicamente, após a gigante multa aplicada pelos órgãos governamentais?

Assim sendo, analisando-se à luz do principio, uma empresa que não respeita o meio ambiente, vindo a prejudicar pessoas, não merece ser preservada. É uma empresa inviável, a comunidade não pode arcar com os gastos dos danos causados e tampouco do seu processo de recuperação.

A viabilidade da empresa não pode ser também analisada somente sobre os princípios da preservação e função social da empresa. Necessário se faz verificar se os produtos e/ou serviços oferecidos pela a empresa são úteis à sociedade.

Caberá, portanto, ao judiciário analisar, criteriosamente, qual empresa é viável e qual não o é. Para Fábio Ulhoa Coelho, a análise da viabilidade feita pelo judiciário deve observar cinco vetores: importância social, mão-de-obra e tecnologia empregada, volume do ativo e do passivo, idade da empresa e por fim o porte econômico. [09]

A classificação apresentada pelo professor Fábio Ulhoa é doutrinária, portanto não vincula o judiciário a fazer uso da apreciação desses cinco vetores, mas como se trata de uma importante análise, o que se espera do juízo é que ele leve em conta esta forma de apreciação.

2.4. Participação ativa dos Credores

Ao contrário do que pautava o antigo regime, no qual a concordata era imposta aos credores após a avaliação judicial acerca do simples cumprimento de certos requisitos legalmente previstos, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, guardou um papel de destaque aos credores, tanto na recuperação judicial quanto na recuperação extrajudicial, além de tê-lo feito, também, na falência. O credor passa, então, de coadjuvante a protagonista neste novo instituto determinado na lei.

Na recuperação judicial, o plano de recuperação apresentado pela empresa, que se impugnado por qualquer um dos credores, independente do valor do seu crédito, passa a depender da aprovação dos credores reunidos em assembleia (aprovação expressa) ou, no mínimo, da não apresentação de objeções (aprovação tácita), conforme se depreende do exame dos artigos 55 e 56 da lei.

Além disso, a desistência do devedor do pedido de recuperação já deferido, também depende de prévia aprovação (da desistência) pela assembleia-geral de credores, nos termos do artigo 35, I, d, c/c artigo 52, § 4º, da lei, lembrando que tal procedimento, o que vale dizer, a rejeição do plano pela assembleia-geral, implicará na convolação da recuperação judicial em falência (art. 73, inciso III), ressalvada a hipótese do art. 58, § 1º.

Com relação à recuperação extrajudicial, que trata da apresentação de plano de reestruturação para homologação em juízo, após as devidas aprovações pelos credores da

empresa, destaque também ao protagonismo dos mesmos, pois a adesão ao regime é, por regra, facultativa (art. 162).

A respeito da aplicação deste principio como regra intrínseca da lei, a participação ativa dos credores consistem em uma importante mudança na materialidade da lei, e que é vista de forma salutar pelos estudiosos do tema, considerando que são os credores que sofrerão os efeitos da recuperação, portanto, nada mais justo que o poder de aprovação das condições da recuperação esteja nas mãos dos mesmos. Em tese, tem-se esperado que os credores cooperem para a solução da crise do devedor, pois os resultados advindos da conduta cooperativa costumam ser economicamente mais eficientes.

Por fim, a que se refere ao processo de falência para a lei, também é possível verificar a materialização do princípio em exame a uma série de regras, entre as quais a previsão genérica que estabelece a necessidade de deliberação da assembleia-geral sobre qualquer matéria que possa afetar o interesse dos credores (art. 35, II, d), e as específicas que requerem sua manifestação nas hipóteses de constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e a sua substituição (art. 35, II, b), na adoção de outras modalidades de realização do ativo (art. 35, II, c, c/c art. 145) e na autorização do Comitê de Credores, quando constituído, para celebrar contratos que produzam renda para a massa falida (art. 114).

De sorte que estamos tratando de um princípio que norteia a nova lei por praticamente todas as clausulas da norma, contudo, há de se verificar que a própria lei exclui de sua aplicação os credores detentores de alienação fiduciária de bens e direitos como forma de garantia de seus créditos, bem como os detentores de créditos de ACC – Adiantamento de Contratos de Câmbio, operação tipicamente contratada por empresas exportadoras de seus produtos e serviços, portanto, tem-se enfrentado inúmeros questionamentos acerca da participação de tais credores no processo de recuperação das empresas.

Ora, como a própria lei determina, ao se excluir tais credores, para o processo de recuperação de uma empresa que depende 100% de créditos de ACC, por ser tipicamente uma exportadora de mercadorias, como ficaria a aplicação do principio da preservação e da função social da empresa? Como se ter a continuidade dos negócios da empresa, que possui credores fora do processo de recuperação, amparados por outros instrumentos legais que dão base ao requerimento de seus direitos através de processos de execução contra a recuperanda? Como

tratar com credores que tem interesses totalmente divergentes, considerando-se a aplicação da teoria do direito de Dworkin?

Estas ainda são questões que deparamos no dia a dia dos tribunais empresariais, longe de uma solução singular e que dependem da jurisprudência aplicada, uma visão obliqua de nossos juízes e o exato entendimento do artigo 47º da lei por todos os credores da empresa.

2.5. Redução do Custo do Crédito

Outro principio declarado pela lei é a redução do custo de crédito no Brasil. É possível verificar no decorrer de diversos dispositivos da lei, regras que criam direitos especiais para as instituições financeiras, mitigando os riscos que elas normalmente enfrentariam em suas operações de crédito, razão pela qual poderiam elas cobrar juros proporcionalmente mais baixos das recuperandas, segundo a lógica: quanto menor o risco, menores os juros (exemplo está previsto nos artigos 49, §§ 3º e 4º, 86, II, e 161, § 1º, e 199, §§ 1º, 2º e 3º, que põem a salvo as relações negociais fundadas em contratos tipicamente bancários, como a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, o adiantamento a contrato de câmbio, o leasing de aeronave e suas partes, entre outros).

Ademais, nota-se que a composição das classes que formam a assembleia geral de credores, o art. 41, II (c/c art. 45) da lei, inseriu os titulares de garantias reais (cujos principais destinatários são os credores bancários) em uma classe própria, e com poderes para deliberar sobre o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, tendo como possibilidade vetar a proposta apresentada pelo devedor.

Além disso, a própria posição do crédito bancário na classificação dos créditos em caso de falência, prevista no art. 83, II, denuncia a postura a favor dos bancos pela Lei: o crédito com garantia real ocupa o segundo grau na ordem de pagamento (dos créditos concursais), logo abaixo dos trabalhistas e acima do Fisco.

Novamente mais uma grande questão que enfrenta a Lei de Recuperação de Empresas e Falências: com a aplicação da lei, podemos visualizar de fato, a redução dos custos do crédito no Brasil? De que vale a aplicação de regras e princípios, ainda que possuam estruturas lógicas distintas, se não possuímos uma regra específica para o bom pagador da recuperação judicial?

2.6. Proteção ao Trabalhador

O legislador também se preocupou com a proteção daqueles que movimentam a atividade produtiva da empresa, a classe trabalhadora, a exemplo da proteção existente no instituto da concordata, regido pelo decreto-lei anterior.

Trata-se do princípio da proteção do trabalhador, presente em diversos artigos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que em destaque encontramos na própria classificação dos créditos trabalhistas (no quadro dos credores concursais), em seu artigo 83, I, além da previsão existente no artigo. 151, que prevê o pagamento imediato de determinadas verbas salariais em caso de decretação de falência, tão logo a companhia demonstre disponibilidade de caixa. Tal proteção se fez necessária, principalmente em razão da sua natureza eminentemente alimentar e da conhecida hipossuficiência do trabalhador, que não consegue negociar garantias em seu contrato de trabalho, tampouco embutir em sua remuneração uma taxa de risco, a exemplo do que é realizado pelos demais credores, principalmente bancos e grandes fornecedores, como explica Carlos Henrique Abrão. [10]

A lei tratou também de proteger os créditos de trabalhadores que prestam serviço depois da decretação da falência da empresa (art. 84, I), considerando-os créditos extraconcursais, e, portanto precedentes aos créditos do art.83.

Cabe lembrar, que o próprio dispositivo 47 da lei, tutela a classe trabalhista "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...", além disso, o artigo 54, caput, prevê um prazo máximo de um ano dentro do plano de recuperação para o pagamento dos créditos trabalhistas já vencidos e um prazo de 30 dias, estipulado no parágrafo único, para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos até três meses antes do pedido de recuperação, no limite de até cinco salários-mínimos por trabalhador.

2.7. Rigor na punição dos crimes falimentares e recuperatórios

Por ultimo, mais um dos objetivos da lei é o rigor na punição dos crimes falimentares e recuperatórios, o que é fundamental para conter os atos fraudulentos realizados no processo recuperatório e falimentar.

Para isso, a lei reservou um capítulo inteiro (VII – artigos 168-178) para as regras referentes à punição dos crimes praticados em tais contextos. Estão tipificados, entre outros, os crimes relacionados à fraude contra credores (artigo 168), à violação de sigilo empresarial (artigo 169), à divulgação de informação falsa (artigo 170), à indução a erro (artigo 171), ao favorecimento de credores (artigo 172), ao desvio, à ocultação ou à apropriação de bens (artigo 173), à aquisição, ao recebimento ou ao uso ilegal de bens (artigo 174), à habilitação ilegal de crédito (artigo 175), ao exercício ilegal de atividade (artigo 176), à violação de impedimento (artigo 177) e à omissão dos documentos contábeis obrigatórios (artigo 178).

Como afirma Manoel Justino Bezerra Filho, no regime da lei anterior, consagrou-se o termo "crime falimentar", pois o decreto de falência era condição de procedibilidade da ação penal. Mesmo preenchido qualquer dos tipos penais previstos anteriormente, ainda assim não haveria crime se não tivesse havido decreto de falência. Com efeito, partia a lei do pressuposto de que, todo comerciante sabia que corria o risco de vir a falir, até porque a atividade comercial é essencialmente atividade de risco; assim, ao praticar ato previsto como tipo penal na lei de falências, se estava assumindo o risco de ser processado criminalmente por aquele ato, se sua falência viesse a ser decretada.

A Lei atual manteve o sistema de condição objetiva de punibilidade a partir de decisão nos autos cíveis, ampliando, porém o campo para considerar também existentes os crimes, não apenas a partir do decreto de falência, mas também a partir do despacho que concede a recuperação judicial (artigo 58) ou da sentença que homologa a recuperação extrajudicial (§ 5° do artigo 164), tudo conforme previsto no artigo 180, diz Bezerra Filho. [11]

CONCLUSÃO

Verificamos que a lei 11.101/2005 não tem como objetivo a recuperação da empresa a qualquer custo, pois a lei trouxe uma inquietação expressa acerca da preservação da empresa no âmbito social, preocupando-se com a coletividade atingida pela descontinuidade da mesma. É evidente essa preocupação, diante da leitura textual do artigo 47º da lei, onde menciona expressamente a preservação da empresa e sua função social, consagrando assim princípios fundamentais do direito.

Estes dois princípios fundamentais importantíssimos para o futuro da continuidade dos negócios empresarias, são analisados quando há o estudo da viabilidade da empresa,

objetivando os interesses de todos os agentes envolvidos, o cumprimento do papel social da recuperanda e principalmente o bem comum da sociedade. Constata-se que é um processo conduzido principalmente por credores e o devedor (a empresa em recuperação), mas cabe ao judiciário a análise da viabilidade da empresa, e nesta análise levarão em conta vários aspectos que estudamos, sendo talvez o principal deles, a função social que exerce a empresa.

Portanto, entendemos que a lei brasileira conseguiu atingir seu alvo, que é criar meios para a preservação da empresa, conveniente a todos os agentes, fundamentando-se em princípios que não estão textualmente escritos da Constituição Federal, mas com certeza presentes implicitamente em todo o texto da lei, quer sejam eles protegendo diretamente o devedor, mas também se preocupando com empregados, credores, o Estado, o meio ambiente e a comunidade em geral.

Sabemos que as mudanças apresentadas na lei, trouxeram aspectos importantes do instituto da Chapter 11, o Código de Falência dos Estados Unidos, bem como da Insolvency da Inglaterra, fortalecendo nosso Instituto Recuperatório e de Falências, contudo a lei ainda é cheia de lacunas e interpretações equivocadas, diante de interesses variados, que muitas vezes transpõem os milhares de reais envolvidos, porem já se verifica nas decisões dos juízes quando da homologação de um plano, o respeito e emprego dos princípios de direito existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. LEI 11.101. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Brasília, DF, 2005.

[02] MALUF e DE FARIA, Clóvis Antônio e William Marinho. A Lei das Recuperações comentada e comparada. 2ª ed. São Paulo: edifieo, 2008. P.88.

[03] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.P.39-43.

[04] MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P.362-364

[05] NONES, Nelson. Sobre o Princípio da Preservação da Empresa. Disponível em: proxy.furb.br / ojs/index.php/juridica/dearticle/viewfile/841/661

[06] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. 9ªedição. São Paulo. Editora Saraiva. 2008, P.38.

[07] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. Disponível em: www.unifil.br. Revista Jurídica.

[08] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. São Paulo. Malheiros, 2009. P.77.

[09] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. 9ªedição. São Paulo. Editora Saraiva. 2008

[10] ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Editora Saraiva 2007. 2º edição revista e atualizada. P.116.

[11] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação e Falências - Comentada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2005. 2º edição. P.140.