

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LUCAS MIGUEL LALIER

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA
NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

MARÍLIA
2014

LUCAS MIGUEL LALIER

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Trabalho de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Adriano de Oliveira Martins

MARÍLIA
2014

LALIER, Lucas Miguel

A aplicação do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial/ Lucas Miguel Lalier; orientador: Prof. Ms. Adriano de Oliveira Martins. Marília, SP: [s.n], 2014.

64f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Recuperação judicial. 2. Função social da empresa. 3. Preservação da empresa.

CDD: 342.236



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Lucas Miguel Lalier

RA: 45752-3

A Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação da
Empresa na Recuperação Judicial

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: _____

10,0

ORIENTADOR(A): _____

Adriano de Oliveira Martins

1º EXAMINADOR(A): _____

Luís Vieira-Carlos Júnior

2º EXAMINADOR(A): _____

Sergio Leandro Carmo Dobarro

Marília, 27 de novembro de 2014.

*Aos meus pais e meus irmãos, família amada, fonte
de amor, carinho e inspiração!*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS, por derramar tantas bênçãos em minha vida, me dando sabedoria e força de vontade para seguir em frente e assim tentar fazer do mundo um lugar melhor.

Agradeço ao meu pai Antônio Donizeti Lalier, a minha mãe Maria Aparecida Miguel Lalier, e aos meus irmãos Danilo Miguel Lalier e Gustavo Miguel Lalier, família amada e querida, razão do meu viver.

Agradeço ainda a minha namorada, aos meus amigos e ao programa "Escola da Família", que viabilizou meu estudo e me ensinou várias lições de vida.

Por fim, ao prof. ms. Adriano de Oliveira Martins, que despertou em mim o interesse por esse tema e ao UNIVEM de um modo geral, que sempre trabalhou para a formação de cidadãos de bem.

“Sem sonhos, a vida é uma manhã sem orvalhos, um céu sem estrelas, um oceano sem ondas, uma vida sem aventura, uma existência sem sentido”.

Augusto Cury

LALIER. Lucas Miguel. **A aplicação do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial**. 2014. 64 f. Trabalho de curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Marília. 2014.

RESUMO

As empresas são de tamanha importância em nossa sociedade que passaram a ser consideradas instituições sociais, ou seja, são alavancas desenvolvedoras do estado democrático de direito. Frente esse panorama, a mesma ganhou contornos diferentes com o passar do tempo, inclusive no que tange a sua crise e a sua extinção. A lei nº 11.101/05 foi, após a promulgação da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002, quem delineou a nova forma de se tratar as empresas em crise. Com efeito, foi consagrado o princípio da função social da empresa, e inerentemente a ela, o princípio da preservação da empresa, que preceitua que se a empresa que estiver em crise for viável, deverá ser aplicado a ela o instituto da recuperação judicial, pois existem outros importantes interesses ligados a ela, que também são importantes para a o bem estar social, como o interesse dos trabalhadores, dos fornecedores, do fisco, entre outros. A demonstração da importância da preservação da empresa não é mera utopia lançada na lei, mas sim situação real que vivemos no dia a dia. A análise desse princípio serve para termos melhores conclusões sobre o valor das empresas em nossa sociedade, bem como a função social prestada pela mesma.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Função social da empresa. Preservação da empresa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - A ATIVIDADE EMPRESARIAL	12
1.1 História – Teoria dos atos de comércio e teoria da empresa	12
1.2 Os diversos conceitos de empresa	13
1.3 Empresário e estabelecimento empresarial	15
1.3.1 Empresário pessoa jurídica, empresário individual e o não empresário.....	15
1.3.1.1 Personalidade jurídica das sociedades	17
1.3.1.2 Tipos societários	18
1.3.1.3 Responsabilidade dos sócios	20
1.3.1.4 Registros de empresa	21
1.3.2 Do estabelecimento empresarial	22
1.4 Propriedades industriais.....	24
1.5 A importância socioeconômica da empresa	25
CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR.....	27
2.1 Prolegômenos: a crise da empresa.....	27
2.2 Escorço histórico do direito falimentar	29
2.3 O decreto-lei nº 7.661/45 o “antigo direito falimentar”	31
2.4 A “nova” lei de falências e recuperação de empresas (lei nº 11.101/05).....	32
2.4.1 O caráter social trazido pelo novo ordenamento	35
2.4.2 O instituto da falência no novo ordenamento jurídico	37
2.4.3 O instituto da recuperação judicial no novo ordenamento jurídico.....	39
CAPÍTULO 3 – PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	42
3.1 Um sistema jurídico de princípios	42
3.1.1 Função social: uma das bases do ordenamento jurídico pátrio	43
3.1.2 O princípio da função social da propriedade	45
3.1.3 O princípio da função social da empresa.....	47
3.1.4 O princípio da preservação da empresa.....	49
3.2 Casos práticos: a aplicação do princípio da preservação da empresa pela justiça paulista..	53
.....	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

As empresas de uma forma geral são pessoas jurídicas de direito público ou privado, e se mostram como um fruto da necessidade humana de desenvolvimento econômico e social.

As empresas de direito privado em especial, visam principalmente satisfazer as necessidades de consumo (seja de produtos ou de serviços) de uma determinada população ou região, de acordo com os padrões socioeconômicos daquele local, sempre visando um fim lucrativo.

Ocorre, porém, que por uma diversidade de fatores externos e internos à empresa, como por exemplo, a má administração, o não segmento das tendências mercadológicas, a falta de mão-de-obra especializada, a falta de matéria prima, uma crise local, ou até mesmo a estagnação da empresa no tempo (não evolução tecnológica), acarreta a crise desta, podendo, posteriormente, esta vir a falir ou requerer a sua recuperação.

A crise com a eventual falência ou recuperação sempre existiu, todavia, antes da promulgação da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial), na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, o que estes dois institutos propunham eram, respectivamente, com a falência, a punição do mau empresário, e com a concordata (antigo nome da recuperação judicial) a recuperação do empresário que se encontrava em crise, protegendo-o das punições que lhe eram aplicadas na falência.

Com a lei de 2005, o foco destes dois institutos, principalmente o da recuperação judicial, deslocou-se da pessoa do empresário, para a própria empresa, levando-se em consideração a importante função social que ela exerce perante a sociedade.

É que com base em nossa Carta Magna de 1988, todo o foco de nosso ordenamento jurídico transferiu-se (ou consolidou-se) para os direitos sociais, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade justa e solidária e do desenvolvimento social.

Assim, a grande maioria das leis promulgadas posteriormente a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “constituição social”, tem como primado básico a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento social e a fraternidade.

A Lei de Falências e Recuperação Judicial de 2005 seguiu estes preceitos, e colocou como primado básico o desenvolvimento social e a importância que a empresa tem perante a sociedade, elevando-a, inclusive a um status de entidade social.

Dessa forma, os dois institutos que regulavam a falência e a recuperação da empresa, agora, antes de punir o mau empresário ou protegê-lo das aplicações das sanções falimentares, visa proteger todos aqueles que dependem direta ou indiretamente da sobrevivência dela (empresa) como os seus funcionários, os seus credores e a sociedade que indiretamente depende dela (como por exemplo, a economia local).

É certo que a falência ou a própria recuperação de uma empresa, não afeta somente a pessoa do empresário, que é o responsável pelos meios de produção, mas sim uma gama de pessoas e entidades, como os seus trabalhadores, os seus fornecedores, seus credores e até mesmo a economia local, que apesar de não ter uma ligação direta com a empresa em crise, sofrerá seus efeitos.

A essa “intenção” do legislador de salvaguardar interesses de terceiros (e do próprio empresário), deu-se o nome de “Princípio da Preservação da Empresa”, que se encontra estampado no art. 47 da Lei nº 11.101/05 que declara:

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 a atividade econômica. (BRASIL, 2005)

Referida lei foi um grande avanço e um marco para o direito de empresa, sendo um importante instrumento de desenvolvimento econômico e social, conforme demonstra a nossa jurisprudência.

Todavia, há que se consignar que é importante nos perguntarmos até que ponto o princípio da preservação da empresa, que norteia todo esse novo ordenamento, é eficaz, levando-se em consideração ainda os motivos e as peculiaridades que levam uma empresa a recuperação judicial.

Seria também a própria falência um modo de se aplicar o princípio da preservação da empresa?

Com efeito, o entendimento que vem se consolidando assevera que a aplicação de tal princípio, na maioria dos casos é eficaz, pois, além da manutenção da própria empresa, evitando a sua quebra, ela protege direitos de terceiros, promovendo assim a sua função social.

Isto porque a grande parcela das crises em que as empresas passam é transitória, sendo que a sua recuperação natural somente não se dá, na maioria dos casos, por motivos de cunho interno, principalmente no que diz respeito a sua má administração.

Frente a esta realidade, e com as medidas certas, a empresa em crise consegue se reestruturar facilmente.

Porém, há casos mais específicos onde a aplicação de tal instituto não geraria efeitos benéficos, podendo prejudicar ainda mais as pessoas e entidades dependentes daquela empresa. Para quem entende desta forma, a aplicação do instituto da falência é mais viável e mais benéfica, sendo um modo de se justapor o próprio princípio da preservação da empresa, protegendo toda a economia.

Analisar a eficácia e os casos em que se deve aplicar a recuperação judicial ou o instituto da falência é um modo importante de se proteger a sociedade de um mal maior.

Há que se fazer um juízo de racionalidade ao invocar tal princípio, sob pena de se estar justificando o não desenvolvimento econômico, bem como deixando existir, no seio da sociedade, uma empresa que não traz benefício algum.

Assim, uma análise mais profunda sobre o princípio da preservação da empresa, contribui para a unificação de um entendimento onde a aplicabilidade desse princípio se dá mediante a análise de cada caso concreto, sempre levando em consideração as benesses que a instituição empresa poderá trazer a sociedade caso mantenha-se “viva”.

CAPÍTULO 1 - A ATIVIDADE EMPRESARIAL

1.1 História – Teoria dos atos de comércio e teoria da empresa

O aparecimento do direito de empresa deu-se, primeiramente, com outro nome, em uma época onde não existiam estabelecimentos especializados na confecção de bens e serviços.

Requião (2011, p. 32) assevera que tal denominação dada a esse ramo do direito era “Direito Comercial” e seu surgimento se deu na Idade Média, de forma fragmentada, através do desenvolvimento do tráfico mercantil.

O mesmo autor aponta ainda que existiu anteriormente a Idade Média, leis e codificações que regulavam atos comerciais, como por exemplo, o Código de Hamurabi. Todavia, nenhuma dessas compilações foi suficientemente expressiva a ponto de se consolidar como um direito propriamente comercial.

A história do direito comercial é dividida, pela grande maioria dos doutrinadores, em três ou quatro períodos.

Para Negrão (2011, p. 46):

“O primórdio, caracterizado por uma tônica subjetiva, que ligava o mercador a uma corporação de ofício mercantil, denominada fase subjetiva-corporativista; um segundo momento, que definiu os atos praticados por esses mercadores como caracterizadores de sua profissão, denominada fase objetiva (neste traço marcante é o objeto da ação do agente – o próprio ato do comércio); finalmente a chamada fase empresarial, cujo conteúdo vem sendo construído ao longo dos últimos cem anos [...]”.

Já Ascarelli (1962, p. 29 – 74) apud Coelho (2011, p. 26 – 34), assinala que o direito comercial é dividido em quatro períodos, sendo que o primeiro compreende entre a segunda metade do século XII até a primeira metade do século XVI e é marcada pela formação de corporações de comerciantes (de artes e ofícios), sendo que estas tinham jurisdição própria, de modo que eles próprios, pautados nos usos e costumes, tomavam as respectivas decisões, as quais eram aplicáveis apenas aos seus respectivos membros.

O segundo período, é compreendido entre a segunda metade do século XVI e o século XVIII, e tem como principal característica a transferência da jurisdição das corporações para os tribunais da chamada “*Common Law*”. Em outras palavras, a jurisdição passou aos poucos das mãos das corporações para os tribunais. Insta esclarecer que nesse período, apesar da mudança da jurisdição, o direito comercial ainda era um direito de comerciantes apenas.

A terceira fase, marcada pela promulgação do código napoleônico de 1808, tem como ponto diferenciador a superação do critério subjetivo da aplicação da lei comercial aos comerciantes. Segundo essa lei, o direito comercial é uma disciplina aplicável a certos atos (atos de comércio) e não a certas pessoas por sua condição (comerciantes). Diz-se que ele não é mais um direito dos comerciantes, mas sim dos “atos do comércio”.

Foi a partir dessa época em que se consolidou a “Teoria dos Atos de Comércio”.

A quarta e última fase do direito comercial foi a chamada “Teoria da Empresa”, criação italiana que se deu através do *Código Civile* de 1942, que propôs que o núcleo do direito comercial não deveria ser os atos de comércio, mas sim a empresa, pois dever-se-ia regular o exercício da atividade econômica, não podendo ser feita a distinção entre comerciante e não comerciante (civil).

De fato, ainda nos dias de hoje, existem juristas que utilizam a expressão “direito comercial”, ao invés de direito de empresa, dado ao fato de que houve apenas uma ampliação do núcleo (ou rol) daqueles que exerciam essa atividade econômica.

Fazendo uma síntese do assunto, percebe-se que são várias as dificuldades de se conceituar com precisão a teoria dos atos de comércio, haja vista a dificuldade de se distinguir atos civis de atos comerciais, bem como o que seria a teoria da empresa, razão pela qual, pode-se dizer que o direito comercial regulava, antigamente, a atividade dos comerciantes, e na atualidade regula a atividade do moderno empresário. (NEGRAO, 2011, p. 33 – 34)

1.2 Os diversos conceitos de Empresa

Não há um conceito definido do que é empresa, comportando, portanto, diversos conceitos, dependendo do ponto de vista em que a observamos. De certo, até o presente momento não existe um conceito jurídico próprio de empresa, sendo que “O CC de 2002 não define a empresa. O conceito de empresa é estritamente econômico” (FAZZIO JUNIOR, 2011 p. 19).

No mesmo sentido, fundamenta Requião (2011, p. 76):

Em vão os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor uma síntese jurídica para empresa, tendo o comercialista de se valer da ideia formulada pelos economistas.

O Código Civil Brasileiro, ao tratar da questão preferiu conceituar (definir) a figura do empresário ao invés da figura da própria empresa, afirmando que empresário é aquele “[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL, 2002)

Em que pese à preferência do Código Civil Brasileiro em conceituar a figura do empresário, a doutrina apresenta outras definições que também são expressivas e ajudam a compreender o fenômeno empresa.

Asquini apud Negrão (2011, p. 64 – 69) assevera que o fenômeno “empresa” pode ser observado de quatro ângulos distintos (também conhecidos como perfis jurídicos):

O primeiro é denominado perfil subjetivo e diz respeito à figura do próprio empresário, sendo este o sujeito que em nome próprio exerce uma atividade econômica de forma organizada, sempre com intuito de obter lucro, sendo ainda tal atividade desenvolvida de forma profissional, ou seja, não esporádica (conceito utilizado em nosso Código Civil).

O segundo perfil é visto sob a ótica funcional que a empresa exerce sob toda a sociedade. A empresa não é uma pessoa, mas sim uma atividade, sendo, pois, uma série de atos coordenados com vistas ao mercado.

A terceira visão de empresa trazida pelo autor refere-se a esta como sendo um estabelecimento, ou seja, um local onde ocorre a atividade empresarial exercida pelo empresário. É ainda vista como o montante fundamental de bens (sejam eles materiais ou imateriais) que propicia o exercício da atividade, de modo que sem eles é impossível existir a própria empresa.

Nesse ponto insta consignar que esta é a forma como os leigos conhecem a empresa.

Por fim, o último perfil apontado é o chamado cooperativo ou institucional, que nada mais é do que a somatória do material humano (fornecedores, empregados, dirigentes e o próprio empresário) sem o qual é inviável o exercício empresarial. Juntos eles não são apenas um montante de pessoas, mas sim peças, que somadas formam um núcleo social organizado com uma finalidade em comum, a atividade empresarial.

Percebe-se, como já dito anteriormente, que não existe ainda um conceito objetivo, específico, de empresa sendo esta considerada por muitos como uma “abstração”.

Requião (2011, p. 85 – 86) é um dos juristas que adotam esse posicionamento, aduzindo que a empresa não é algo material, palpável, mas sim uma abstração, já que ela é o exercício de uma atividade. A empresa é uma ação do empresário, consistente na organização dos fatores de produção, de modo que não há como se falar em empresa sem o exercício organizado da atividade por parte do empresário.

Nosso legislador ao definir a pessoa do empresário ao invés da empresa buscou de forma ágil a solução de um impasse, já que não definiu o que ela é, mas apenas quem pode ou não praticá-la.

1.3 Empresário e estabelecimento empresarial

Passemos a estudar agora questões atinentes a pessoa do empresário e ao estabelecimento empresarial, com o fito de demonstrar a forma que a doutrina e a lei regulam esse importante instituto em nosso país.

1.3.1 Empresário pessoa jurídica, empresário individual e o não empresário

Partindo do pressuposto que empresa é uma atividade consistente na organização dos fatores de produção, tem-se que ela necessariamente precisa de algo/alguém como sendo seu organizador, já que “atividade é uma ação”.

Esse “alguém” ou “algo” que organiza esses meios de produção é a pessoa do empresário.

Nosso Código Civil, ao tratar do empresário, leva em consideração principalmente a pessoa física. Todavia, empresário, além de ser a pessoa física que sozinho emprega seus bens, organizando os meios de produção com o intuito de obter lucros, é também a pessoa jurídica, que mediante uma união de esforços de seus membros, também emprega seus bens, organizando os meios de produção, com a finalidade de obter lucros, ou seja, faz tudo da mesma forma que empresário individual. (COELHO, 2011, p. 78).

Fazzio Junior (2011, p. 19) também aponta que há dois tipos de empresário:

Sob a epígrafe *empresário* estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade negocial, como a pessoa de direito constituída para o mesmo fim. Ambos praticam atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e prestação de serviços. Ambos têm por objetivo o lucro.

Quando o empresário é uma pessoa física este se chama “empresário individual” e, quando é uma pessoa jurídica, é denominado como “sociedade empresária”.

Há que se consignar que comumente os leigos confundem os conceitos de “empresário pessoa jurídica” e sócio, associando a figura da pessoa jurídica empresária a empresa e ao sócio como sendo o empresário. Porém, existe uma diferença peculiar entre empresário pessoa

jurídica (sociedade empresária) e sócio. Empresário é a própria pessoa jurídica, e não os sócios, enquanto empresa é a atividade. (COELHO, 2011, p. 78 – 79).

O parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002 aponta ainda que existem tanto pessoas físicas, como pessoas jurídicas que estão excluídas do conceito de empresário. Trata-se daquelas pessoas que exercem atividade intelectual, de cunho científico, literal ou artístico que, de uma forma genérica, são os profissionais liberais (médico, advogado, fisioterapeuta, escritor, etc.). (BRASIL, 2002)

Cometti (2013) assevera que a atividade intelectual, ainda que exercida profissionalmente, de forma organizada e com o intuito de conseguir lucros não é considerada uma atividade intelectual. Em suas palavras:

[...]as profissões intelectuais se distinguem da profissão de empresário devido a uma *diversa valoração social*. Em outras palavras, o acesso à profissão não é livre, como ocorre com a atividade empresarial, dependendo de formação intelectual muito mais severa e da inscrição do profissional na respectiva corporação; no exercício da profissão intelectual imperam premissas de decoro que impedem, por exemplo, a livre concorrência; e não existe no exercício de uma profissão intelectual a produção em massa, característica da atividade empresarial.

Todavia, como se observa da leitura do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, caso o exercício da profissão constitua “elemento básico de empresa”, essa pessoa (seja ela física ou jurídica) passa a ser considerada empresária para todos os fins de direito.

Nesse sentido, o autor supracitado aponta que para o exercício da profissão intelectual ser um elemento de empresa, significa que o trabalho intelectual é apenas uma fatia da atividade empresarial, e não a atividade em si, isoladamente considerada. *In verbis*:

[...]o elemento de empresa não tem qualquer relação com a organização ou não da atividade intelectual, com o seu exercício ou não de forma profissional, com o número de empregados contratados ou mesmo o seu faturamento. Ser a profissão intelectual “elemento de atividade organizada em empresa”, ou simplesmente, “elemento de empresa”, significa ser parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada. É o caso, por exemplo, do médico que agrega a prática da medicina um “SPA”, onde ao paciente se oferece repouso e alimentação; do veterinário que, além do seu ofício, em um pet shop vende ração para os animais, medicamentos, bem como hospeda os animais na viagem de seus donos. (COMETTI, 2013)

Deve-se apontar ainda que os profissionais liberais podem organizar-se em sociedade para o exercício de sua profissão, sendo que a pessoa jurídica formada neste caso é denominada sociedade simples, a qual se encontra regulada no Código Civil nos artigos 997 ao 1.038.

Desta feita, quem exerce atividade econômica organizada, com profissionalidade, habitualidade e com o intuito de lucrar é considerado empresário, (seja de forma unipessoal – uma única exerce a atividade empresarial, seja na forma de sociedade – um grupo de pessoas

denominado “sócios”, exercem a atividade empresarial) salvo se essa atividade for de cunho intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

1.3.1.1 Personalidade jurídica das sociedades

A personalidade jurídica é a capacidade de um sujeito ser detentor de direitos e obrigações, é, pois, uma autonomia no âmbito jurídico. Vejamos:

Toda pessoa natural, é detentor de personalidade jurídica, pois é sujeito de direitos e deveres. Mas nem sempre fora desta forma. Na Roma antiga, por exemplo, os escravos eram pessoas naturais, mais não detinham personalidade jurídica, já que eram tratadas como simples “rés”. (GONÇALVES, 2011, p. 98)

Na atualidade, a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres foi estendida as pessoas jurídicas, em especial as sociedades empresárias já que estas se mostram como um meio de desenvolvimento da sociedade.

Para Gonçalves (2011, p. 179) a razão de ser da personalidade jurídica conferida a uma entidade não natural, está na necessidade de juntarmos esforços com outras pessoas para alcançar um objetivo que, de forma pessoal não conseguiríamos. Tal autor destaca ainda que a esse grupo é conferida uma personalidade própria, distinta da personalidade de cada um de seus membros.

Para o direito empresarial, o estudo da personalidade jurídica das empresas é tema de relevância inquestionável, haja vista que serve para separar, por exemplo, os bens da sociedade e os bens pessoais dos sócios. Fazzio Júnior (2011, p. 113) demonstra essa importância ressaltando que “a sociedade é um núcleo de atribuições jurídicas com regime de existência próprio. Tem vida própria e vontade real”.

É certo que em alguns casos a pessoa jurídica abusa de seu direito de personalidade, em especial no que diz respeito a autonomia patrimonial, causando prejuízos a terceiros. Para coibir tal prática, nosso ordenamento se vale, por exemplo, do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica.

Como bem aponta Fazzio Júnior (2011, p. 115) a desconsideração da personalidade jurídica consiste em afastar momentaneamente a capacidade de direitos e deveres da sociedade empresária, principalmente no que tange a autonomia financeira, responsabilizando os seus sócios no lugar dela. Dessa forma o ordenamento jurídico consegue manter a ordem possibilitando o progresso da sociedade.

Insta esclarecer que referido instituto é de uso restrito, ou seja, ao menos no ramo do direito privado, a aplicação (decretação) da desconsideração da personalidade jurídica não é regra, devendo o julgador analisar caso concreto antes de aplicar tal mecanismo.

O estudo da personalidade jurídica ajuda a compreender tais fenômenos e consequentemente combatê-los a fim de que se garanta o desenvolvimento econômico do país.

1.3.1.2 Tipos societários

É verdade que o detentor dos meios de produção, pode se organizar de forma individual ou de forma coletiva para o exercício da empresa, podendo criar um novo ser de direito, denominado pessoa jurídica.

No Brasil, é muito comum a criação de sociedades para o exercício da atividade empresarial. Existem em nosso ordenamento jurídico diversos tipos societários, ou seja, diversos modos que a lei nos autoriza a organizar os fatores de produção para o desenvolvimento de tal atividade.

Vale ressaltar que para que haja sociedade, necessariamente deve haver dois sujeitos de direito, sejam eles pessoas naturais ou pessoas jurídicas, como bem explicita o art. 981 do Código Civil brasileiro:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. (BRASIL, 2002)

Os principais tipos societários elencados em nosso ordenamento jurídico são a sociedade simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações, a sociedade em comandita simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em conta de participação e a sociedade em comum, sendo que as últimas quase não são utilizadas.

A sociedade simples é tida como a “base” para todos os outros tipos de sociedade, sendo que tem aplicação subsidiária com relação aos demais tipos societários.

Nesse sentido, aponta Requião (2011, p. 478) que “O legislador não foi claro ao traçar o perfil da sociedade simples. Prestando-se, de um lado, como uma espécie de *‘standard’* específico, e de outro como *um compartimento comum ou esquema* para os demais tipos de sociedade [...]”.

Referido modelo societário é muito utilizado para certos tipos de prestação de serviços, tais como consultórios médicos, escritórios de contabilidade entre outros serviços intelectuais que como é cediço, não constituem empresa.

A sociedade limitada, por sua vez, é a sociedade empresarial mais utilizada na realidade brasileira, e se caracteriza pela responsabilidade limitada de seus sócios a sua quota parte do capital social. Há, pois uma divisão entre o capital da empresa e o capital pessoal do sócio, sendo que este apenas se responsabiliza pelo valor prometido no pactuado.

Nas palavras de Negrão (2011, p. 386):

[...] se cada sócio integralizar a parte que subscreveu no capital social – se cada um deles ingressar com o valor prometido no contrato –, nada mais podem exigir os credores. Entretanto, se um, alguns ou todos deixarem de entrar com os fundos que prometeram, haverá solidariedade entre eles pelo total da importância faltante, perante a sociedade e terceiros.

Já a sociedade anônima é aquela onde o capital social é dividido em ações, onde quem adquire uma ação, pode fazer parte da empresa tendo a denominação de “acionista” e não de sócio como ocorre nas sociedades limitadas.

Negrão (2011, p. 420) aponta que nas sociedades por ações, e nesse sentido insere-se entre elas a sociedade anônima, se caracterizam porque seus títulos (ações) são negociáveis e podem ser vendidos, doados, permutados, etc., sem a necessidade de permissão dos demais acionistas (sócios). Consequentemente a entrada e saída de sócios é facultativa.

As sociedades anônimas sempre se impuseram como sendo as grandes empresas, e sempre constituíram o ideal das enormes sociedades e conglomerados (REQUIÃO, 2011, p. 538). É a forma societária mais utilizada pelas grandes empresas.

No que tange a sociedade em comandita por ações, tem-se que ela é, assim com a sociedade anônima, uma sociedade de capital, cujo mesmo está dividido em ações, sendo que a sua diferença fica a cargo da responsabilidade dos sócios.

Coelho (2011, p. 508) demonstra tal diferença aduzindo que neste tipo societário, caso o acionista não faça parte da administração da empresa, ele terá a responsabilidade limitada até o valor de suas ações. Todavia, se este fizer parte da administração da mesma (diretor, administrador, etc.) responderá de forma subsidiária, solidária e ilimitada as obrigações assumidas.

Por seu turno, a sociedade em comandita simples é uma sociedade pessoal, composta por dois tipos de integrantes, os comanditados e os comanditários.

O primeiro é composto obrigatoriamente por pessoas físicas, cuja responsabilidade em relação às obrigações sociais é solidária e ilimitada, e o segundo pode ser pessoa física ou jurídica, e detém responsabilidade limitada. Tem-se que os comanditados são os empreendedores (empresários propriamente ditos), enquanto os comanditários são apenas investidores. (COELHO, 2011, p. 507).

O estudo e compreensão do fenômeno empresa, nas mais diversas formas que ela se manifesta é de suma importância, mormente quando consideramos que são elas as maiores desenvolvedoras da sociedade, pois geram riquezas, tecnologia, cultura, emprego, contribuem para fisco, além de fornecerem produtos e serviços necessários à população que, se não fossem industrializados, seriam escassos e não atenderiam as nossas necessidades.

1.3.1.3 Responsabilidade dos sócios

Por causa da significativa importância que a atividade empresarial tem perante a sociedade, ela detém uma imensa responsabilidade, em especial na pessoa de seus sócios e administradores, pois são quem dirigem a empresa determinando o seu rumo.

No que tange aos sócios a sua responsabilidade pode ser classificada, como bem aponta Negrão (2011, p. 290 – 294) em ordinária ou extraordinária:

O primeiro tipo diz respeito às responsabilidades adquiridas no momento da criação da sociedade empresária, podendo assumir formas diferentes, dependendo do modelo de sociedade a ser utilizado.

São tipos ordinários de responsabilidade a ausência de responsabilidade perante terceiros, salvo o dolo (utilizada na sociedade em conta de participação, no que tange ao sócio participante); a responsabilidade limitada ao valor das ações (utilizada na sociedade anônima e na comandita por ações); a responsabilidade individual limitada ao capital subscrito pelos sócios comanditários (utilizada na sociedade em comandita simples); a responsabilidade integral e solidária a integralização do capital social (utilizada na sociedade limitada); a responsabilidade ilimitada e solidária entre os sócios de forma subsidiária (utilizada principalmente na sociedade simples, na sociedade em nome coletivo e nas sociedades comanditárias, no que diz respeito a alguns sócios) e a responsabilidade ilimitada e solidária entre os sócios (utilizada nas sociedades em comum). (NEGRÃO, 2011, p. 290 – 291)

Já o segundo tipo de responsabilidade, se refere aquelas “extracontratuais” ou “extralegis”. São casos onde a pessoa dos sócios age de forma ardilosa, com o intuito de receber algum benefício em detrimento do prejuízo de seus credores. São nestes casos onde se utiliza, por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica, já vista acima. (NEGRÃO, 2011, p. 292 – 294)

Insta esclarecer que normalmente a lei preverá os casos onde existirá a responsabilidade extracontratual. É o caso, por exemplo, da própria lei de falências e

recuperação judicial, que atribui sanções aos empresários quando este deixa de proceder a certos atos, ou os faz de forma ardilosa, ou ainda nos casos previsto em nossa legislação tributária, como no caso de dissolução irregular da empresa.

De fato, o exercício da empresa é algo que requer grandes responsabilidades, pois a empresa não pode servir de meio para fins ilícitos. A finalidade da atribuição de tamanha responsabilidade aos seus sócios e administradores está no fato de os mesmos deterem em suas mãos um grande instrumento de transformação da sociedade. Os empresários não podem, segundo a nossa legislação, apenas visar o lucro de forma exacerbada, a todo o custo, já que a empresa não tem apenas um fim em si mesmo, ela também tem uma função social, função esta que está acima do próprio direito de exploração da atividade econômica.

1.3.1.4 Registros de empresa

Registrar é o ato de deixar marcado em algo ou em algum lugar um fato importante que ocorreu, consignar por escrito, escrever em livro próprio (REGISTRO, 2014). É comum, por exemplo, que nós, pessoas naturais, possuamos registros de fatos notórios ocorridos em nossas vidas, tais como o registro de nascimento, de casamento e de óbito.

Com as pessoas jurídicas não é diferente. Estas também possuem registros dos principais acontecimentos que ocorrem no decorrer de sua existência, desde a sua criação até o seu fechamento. E o objetivo desses registros, como aponta Negrão (2011, p. 199 – 200) é bem claro e consiste principalmente em dar publicidade, garantia, segurança e eficácia aos mais diversos atos jurídicos praticados pelas empresas.

A doutrina aponta duas vertentes do registro de empresa. Uma diz respeito ao registro comercial e o outro diz respeito aos registros de propriedades industriais. (REQUIÃO, 2011, p. 142)

O registro comercial, que na atualidade é denominado de “Registro Público de Empresas Mercantis” existe desde a época dos Tribunais de Comércio e hoje é um ato incumbido as Juntas Comerciais, órgãos administrativos que se prestam a marcar os atos importantes no decorrer da existência de uma empresa. Os principais atos de registro de empresa são: a) a matrícula (dos trapicheiros, tradutores públicos, leiloeiros, administradores de armazéns e intérpretes comerciais, bem como seus respectivos cancelamentos – profissionais que exercem atividades paracomerciais); b) o arquivamento (dos mais diversos tipos de documentos que digam respeito à existência da empresa, tais como constituição, alteração e

dissolução, entre outros) e; c) a autenticação (dos livros comerciais e de fichas escriturais). (REQUIÃO, 2011, p. 158 – 159)

O registro comercial tem relevância para o desenvolvimento da atividade empresarial, já que traz diversos efeitos jurídicos.

Negrão (2011, p. 200 – 201) demonstra essa importância exemplificando que a não inscrição do empresário traz impedimentos ao exercício da atividade empresarial (já que é com o registro constitutivo de empresa que ocorre o nascimento da mesma para o mundo jurídico), além de impor-lhe diversas restrições, como a não possibilidade de requerer a recuperação judicial, de requerer a falência de outra empresa, de levar seus livros a registro, de conseguir benefícios fiscais (como o enquadramento de “microempresa”), entre outros.

Já os registros de propriedade industrial, como veremos no item 1.4 diz respeito a regularização para o direito de utilização exclusiva e temporária das propriedades industriais (patentes; desenhos industriais; marcas, etc.)

Sem o registro de empresa, provavelmente todo o sistema empresarial seria inviável, pois abriria caminhos para a existência e permanência de empresas irregulares que não tragam qualquer tipo de benefícios a sociedade, causando prejuízos econômicos e barrando o desenvolvimento do país.

1.3.2 Do estabelecimento empresarial

Pressupõe-se que seja necessário um conjunto de bens para dar início a qualquer atividade empresarial, sendo que sem eles não há como se falar em empresa. A esse conjunto de bens, dá-se o nome de “estabelecimento comercial”.

Conforme assevera Coelho (2011, p. 112), o estabelecimento comercial é o conjunto de bens indispensáveis ou úteis, empregados pelo empresário para o desenvolvimento da atividade econômica. Correspondem às mercadorias, máquinas, marcas, veículos, tecnologia, entre outras coisas que ajudam a desenvolver o exercício da atividade.

Tais bens são considerados meios, instrumentos, ferramentas, que, se empregados de forma organizada, propiciam o desenvolvimento da atividade de empresa. Conforme aponta Negrão (2011, p. 83) além de ser conhecido como estabelecimento empresarial, esse conjunto de bens também recebe nomes como “fundo de comercio”, “patrimônio aziendal” e “fundo mercantil”.

Outra definição clara e precisa do que é o estabelecimento comercial, é aquela descrita por Requião (2011, p. 326), que pela riqueza de detalhes merece transcrição *ipsis litteris*:

O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a *base física da empresa*, constituindo um *instrumento* da atividade empresarial.

O estabelecimento comercial constitui uma figura jurídica bizarra, haja vista a grande dificuldade de enquadrá-la em alguma categoria jurídica, sendo que existem diversas teorias sobre ela.

Para uma melhor compreensão da natureza jurídica do estabelecimento comercial, faz-se necessário observar três pontos. O primeiro é que o estabelecimento comercial não é um sujeito de direito, já que o sujeito de direito é a sociedade empresário ou o empresário individual, sendo a azienda apenas a propriedade desse sujeito (até mesmo porque as responsabilidades e os direitos decorrentes do risco dos negócios são do empresário e não do estabelecimento). O segundo, que decorre da lógica do primeiro ponto, é que o estabelecimento é um bem, um objeto da empresa, pois pode ser alienado, onerado, arrestado ou penhorado. O terceiro e último aspecto é que o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária ou do empresário unipessoal, sendo composto pelos bens necessários para o desenvolvimento da atividade de empresa. (COELHO, 2011, p. 115 – 116).

A composição do estabelecimento comercial, conforme assevera Fazzio Junior (2011, p. 67), “[...]engloba apenas elementos do ativo do empresário, ou seja, seus bens materiais e imateriais”.

Por bens materiais, devem-se entender todos os bens corpóreos que o empresário utiliza para o desenvolvimento do exercício da atividade empresarial, tais como mercadorias, máquinas e veículos. Por outro lado, os bens imateriais são aqueles que caracterizam e delineiam a empresa, também conhecidos como bens industriais, que nada mais são do que a marca, o nome empresarial, o título do estabelecimento, as patentes e o próprio ponto comercial. (COELHO, 2011 p. 116 – 117)

Temos, portanto, que o estabelecimento comercial propicia o desenvolvimento da atividade empresária, sendo formado por bens materiais e bens imateriais. Ressalta-se que esses bens podem ser considerados em si mesmos (que se analisados de forma isolada são bens comuns), mas que se unidos são dotados de um sobrevalor, pois servem para uma finalidade específica, a atividade empresarial.

1.4 Propriedades industriais

As propriedades industriais fazem parte dos bens do estabelecimento empresarial e compreendem: as patentes de invenção; os modelos de utilidade; o desenho industrial e; as marcas de produtos e serviços. Elas se caracterizam por serem bens incorpóreos (imateriais) que normalmente tem alto valor de mercado.

Na verdade, a propriedade industrial é de um modo genérico, uma série de normas que regulam o direito de produção exclusiva de determinado produto por certo lapso temporal, bem como as ações que visam coibir a concorrência desleal.

Fazzio Junior (2011, p. 83), explica de forma suscita e clara o que são tais bens, apontando que:

Os direitos de propriedade industrial são, na verdade, um conjunto de princípios e normas voltados à manutenção da inviolabilidade da produção autoral e, sob a perspectiva econômica, dedicados à preservação de sua utilidade e exploração exclusivas.

Como se percebe, a proteção dada as propriedades industriais se justifica ao passo em que as mesmas tem uma função social, técnica, jurídica e econômica para sociedade, sendo certo ainda que devido a essa importância, são reguladas por lei (Lei nº 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial).

Negrão (2011 p. 132 – 133) aponta que a invenção e ao modelo de utilidade são conferidas a patente, que é um documento que declara o privilégio exclusivo e temporário de exploração do produto criado, e que para serem assim consideradas, elas necessitam ter os seguintes requisitos: serem produtos novos, industrializáveis, serem fruto da atividade inventiva de seus criadores e terem objeto lícito ou não prescrito em lei.

Já ao desenho industrial e a marca são conferidos registros, e não patentes. O desenho industrial necessita dos mesmos requisitos da invenção e do modelo de utilidade e se identifica, segundo Fazzio Júnior (2011, p. 95) como sendo um conjunto de atributos que aplicados a um produto lhe dão uma aparência nova e original sendo passível ainda de fabricação industrial.

A marca, por sua vez, como aponta o art. 122 da Lei nº 9.279/96 é todo sinal distintivo visualmente perceptível que não são proibidos por lei, ou seja, é a imagem que distingue um produto ou serviço.

Coelho (2011, p. 159 – 160) nos demonstra que há outros bens da mesma natureza que os descritos acima, que também podem integrar o estabelecimento empresarial, mas que não são considerados parte da propriedade industrial. Tais bens têm disciplina própria, qual seja o direito autoral.

O mesmo autor segue dizendo ainda que essas duas categorias de bens (propriedade industrial e direito autoral) fazem parte da propriedade intelectual pelo fato de terem uma referência em comum, a imaterialidade e a criatividade dos seus titulares.

A proteção liberada ao *criador* pelo direito industrial diferencia-se da do autoral, em dois aspectos: em primeiro lugar, quanto à origem do direito; em segundo, quanto à extensão da tutela (COELHO 2011, p. 160).

A tutela na propriedade industrial é dada aquele quem primeiro “registrar” o bem criado, não importando se ele foi realmente quem o inventou, enquanto no direito autoral, o direito de exclusividade é do próprio inventor. A extensão do direito diz respeito, na propriedade industrial ao próprio produto inventado, enquanto no direito intelectual a proteção é fornecida ao modo em que ele é veiculado (se exterioriza). (COELHO, 2011, p. 162)

A tutela da propriedade industrial, dada principalmente pela Lei nº 9.227/96 tem seu escopo na própria existência da empresa, pois nela, além de fornecer a exclusividade temporária da utilização ou fabricação de um produto, existem mecanismos que coíbem a concorrência desleal, o que faz com que a empresa continue com a sua existência e com o seu desenvolvimento perante a sociedade, e conseqüentemente que continue exercendo a sua função social, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de produtos essenciais à população.

1.5 A importância socioeconômica da empresa

De fato as empresas são de grande importância para a sociedade, suprindo as necessidades humanas básicas, bem como fornecendo a eles, bens e serviços úteis à vida, e por conta disso, tem o poder de modificar a sociedade de forma econômica e social.

Aponta Coelho (2011, p. 46 – 47), que as atividades econômicas (e a atividade empresarial insere-se nelas) estão dentro de um contexto social e geram custos e benefícios a toda a sociedade, sendo que estes nem sempre são equilibrados.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, como um meio de solucionar esse impasse e tentar equilibrar os custos e benefícios, assinala que toda a ordem econômica nacional deve ser alicerçada nos valores do trabalho e da livre iniciativa, e tem como objetivo final promover e assegurar o desenvolvimento social, bem como propiciar uma vida digna.

Com efeito, percebe-se que o Estado, ao entabular tal princípio, assegura os interesses capitalistas, ou seja, assegura a liberdade econômica e a livre iniciativa, mas por outro lado, restringe a amplitude de tal afirmação, apontando que devem ser respeitados, em todo e

qualquer caso, os interesses sociais, de modo que se possa propiciar aos cidadãos uma existência digna. (ZANOTI, 2009, p. 77 – 78)

Ao assegurar a liberdade econômica e a livre iniciativa o legislador propiciou que as empresas pudessem ser um meio de desenvolvimento do país, desenvolvimento esse que além de ser econômico, deve ser social.

Isto porque a empresa não é uma simples entidade inserida no seio da sociedade com a única função de gerar riquezas para alguns, mas sim uma instituição, já que ela tem uma função social frente.

Nesse sentido aponta Forgioni (2009, p. 75 – 76 apud PUGLIESI, 2013, p. 142) que:

[...]a empresa está inquestionavelmente ligada à noção de instituição, na medida em que se reconhece uma função social, posto que atrelada a finalidade de ‘construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica favorecer o progresso científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição aos sócios’.

Conforme aponta Zanoti (2009, p. 97) as empresas somente exercem a sua função social quando, além de cumprirem as determinações legais (e principiológicas) façam algo a mais pela sociedade, ou seja, quando proporcionem algum tipo de benefício com o intuito de promover, entre outros, a dignidade da pessoa humana. E tal benefício, para ser considerado como parte da função social que a empresa exerce, deve ser feita de forma espontânea (não decorrer da lei, por exemplo) e não esporádica, sob pena de se estar caracterizando apenas uma “filantropia empresarial”.

Revela realçar, portanto, que se as empresas se dedicarem não apenas a obtenção insaciável de lucros, mas também a promoção do desenvolvimento social haverá, assim, o desenvolvimento de todo o país, e conseqüentemente conseguiremos cumprir as metas impostas no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR

2.1 Prolegômenos: A crise da empresa

Para que entre em cena os institutos ora estudados, mister se faz que a empresa esteja passando por uma fase turbulenta, onde os negócios não vão bem, o capital não entra em caixa como deveria, as vendas diminuem consideravelmente sendo que o empresário não consegue mais solver suas obrigações. Frente a este panorama, instaura-se a crise na empresa.

A atividade empresarial, como já visto anteriormente, é de grande importância para o desenvolvimento econômico, cultural e social dos seres humanos, já que supre suas necessidades básicas bem como oferece a ele produtos e serviços úteis, que propiciam a existência de vida em sociedade digna. (MARTINS, 2013, p. 57)

Como é cediço, nosso ordenamento jurídico, quando trata da ordem econômica, assegurou um sistema capitalista e se pautou nos princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho e da livre concorrência, ou seja, garantiu a competitividade de mercado. É o que se denota do texto legal:

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, observado os seguintes princípios: (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, há que se convir que a atividade empresarial, por estar diretamente ligada a essa competitividade de mercado, e a outros fatores (externos e internos) como as necessidades econômicas de uma região ou país, falta de planejamento e administração, e o desenvolvimento tecnológico, em um dado momento de sua existência, pode passar por crises, que nada mais são do que situações onde a empresa, ou mesmo todo o ramo daquela atividade está em decadência, em baixa.

Diniz (2013, p. 670) explicita bem os fatores que podem levar uma empresa a crise, apontando que ela se pode dar das mais variadas formas e atingir todo o tipo de empresa:

Todo empresário (pessoa natural ou jurídica), no exercício de sua atividade econômica, poderá ter altos e baixos, permeados de crises ou dificuldades advindas: da política econômica do país; da maxidesvalorização da moeda nacional; da ineficiência de estruturação societária administrativa; da criação de novos encargos tributários; de restrições na oferta de crédito bancário; do aumento das despesas trabalhistas e previdenciárias; de retração do mercado

consumidor; da inadimplência de seus devedores; de sua baixa produtividade [...].

Com ensina Coelho (2006, p. 231 – 233), apesar de existir vários fatores que geram a crise, a mesma pode ser classificada em três tipos: a crise econômica, a crise financeira e a crise patrimonial. A primeira pode ser entendida como sendo uma situação onde os consumidores não adquirem mais os produtos/serviços com a mesma intensidade como adquiriam anteriormente. Há, pois uma queda de faturamento devido à falta de consumo. Tal tipo de crise pode afetar apenas uma empresa específica (devido a problemas internos como o atraso tecnológico), um ramo empresarial ou ainda pode ser generalizada, atacando todo o sistema capitalista.

A segunda forma de crise, conforme aponta o autor, também é conhecida como crise de liquidez e ocorre quando a empresa não tem mais dinheiro para solver as suas dívidas. Neste caso, há dinheiro entrando em caixa, ou seja, a venda/prestação de serviços é satisfatória e pode até estar em crescimento, todavia quando se faz o “balanço” ao final de cada mês, constata-se que a empresa precisa pagar mais do que aquilo que recebeu, tendo, pois, dificuldade de adimplir as suas obrigações. Normalmente isso ocorre porque a empresa ainda não satisfaz o dinheiro que aplicou para as melhorias da empresa. Em outras palavras, isso ocorre quando a empresa investiu uma grande quantidade de capital em tecnologia, por exemplo, e ainda não terminou de pagar esses gastos. É marcada principalmente pela impontualidade (atraso nos pagamentos).

Seguindo em frente, a terceira forma descrita pelo autor é a chamada crise patrimonial e caracteriza-se pelo fato de a empresa ser insolvente, de modo que aquilo que a empresa tem em caixa (dinheiro a receber e seus bens) é menor do que a dívida que ela precisa saldar, de modo que, mesmo que ela venda todo o seu patrimônio e conceda seus créditos aos seus credores, mesmo assim a empresa continuará com um saldo negativo, ou seja, continuará devendo.

A minguada de se preocupar com as diversas formas de crise existente, cumpre-nos observar que a grande maioria das crises são passageiras e podem ser superadas facilmente, já que a sua maior parte se dá por conta da desídia dos próprios empresários, que deixam de observar as regras básicas do sistema capitalista, tais como desenvolver-se tecnologicamente, buscar nichos de mercado e seguir as tendências de consumo. Outrossim, o próprio sistema capitalista cuidará de reestruturar a empresa, sem que seja necessário a intervenção judicial. Vejamos:

Se as estruturas do livre mercado estão, em termos gerais, funcionando de modo adequado, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa de empreendedores ou investidores, que identifiquem nela, apesar do estado crítico, uma alternativa de investimento atraente. (COELHO, 2006, p. 234)

Por outro lado, caso a crise não se convalesça, isto é, se ela não apresentar qualquer tipo de melhora após um determinado tempo, estamos frente a uma situação preocupante, que pode ser fatal.

Sintetizando o assunto, tem-se que uma empresa está em crise, quando se vislumbra que ela tem uma queda acentuada em suas vendas, o que lhe gera uma falta de liquidez, sendo que posteriormente esta se tornará uma insolvência. (COELHO, 2006, p. 233)

Com dito acima, é a partir dessa situação, da crise a qual a empresa está passando, é que entram em cena os institutos da recuperação de empresas ou da falência.

Dependendo da situação em que a empresa está por passar se utilizará um ou outro instituto. Se a crise econômico-financeira for considerada sanável, utiliza-se o procedimento da recuperação, e se este for insuperável, utilizar-se-á o instituto da falência. (PUGLIESI, 2013, p. 33)

O que realmente importa salientar é que a crise é um grande indicador de que a empresa poderá estar entrando em uma situação ruínosa, e que caso ela não seja “curada” em seu início (caso o empresário não tome as medidas econômicas e administrativas em tempo hábil) poderá ser necessário aplicar os institutos da recuperação da empresa ou da falência com o intuito propiciar a reestruturação da mesma, ou promover ainda a sua falência sem gerar maiores prejuízos aos seus credores, trabalhadores, investidores e a toda a sociedade de um modo geral.

2.2 Escorço histórico do direito falimentar

Antes de falarmos propriamente do direito falimentar atual, e como se dá a preservação da empresa, é necessário apontarmos a evolução histórica do instituto denominado “Direito Concursal” de modo a podermos compreender o real significado dos institutos da falência e da recuperação judicial.

Como bem assevera Almeida (2010, p. 5), o direito falimentar, em especial a falência, é um instituto intimamente ligado ao conhecido direito das obrigações do código civil, e teve seu surgimento na Roma antiga, passando por algumas etapas.

Naquela época inexistia o instituto da recuperação judicial, sendo que a falência era algo extremamente rústico e primitivo.

De fato, a principal ligação existente entre o direito falimentar à época e o direito das obrigações dizia respeito a situações quando ocorria o não cumprimento da obrigação assumida por uma das partes, ou seja, dizia respeito à execução daquela obrigação.

Nesse sentido, Fazzio Júnior (2011, p. 574) aponta que “No direito romano arcaico, a execução incidia sobre a pessoa do devedor, de que é exemplo significativo o *manus injectio*, que autorizava ao devedor manter o credor em cárcere privado ou escraviza-lo”.

O autor supracitado segue dizendo que ainda na Roma antiga, surgiu a chamada *Lex Poetelia Papiria* que ao contrário da citada *manus injectio*, assinalava que a execução não deveria recair sob a pessoa (corpo) do devedor, mas sim sobre o seu patrimônio. Tratava-se do primeiro passo da humanização da execução.

Avançando mais um pouco na história, mas ainda no contexto da Roma Antiga, com o surgimento da chamada *Lex Julia Bonorum* e posteriormente da *par conductio creditorum* que regulavam, em síntese, o que é conhecido hoje como a “massa falida” do devedor, além de outros institutos como a revogação de atos fraudulentos e a assembleia de credores, houve significativos avanços e o instituto da falência começou a ganhar forma. (FERRERIA apud ALMEIDA, 2010, p. 05 – 06)

Na Idade Média houve mais um grande avanço, sobretudo devido a intervenção estatal no ramo privado que ganhava força. É neste período, conforme aponta Almeida (2010, p. 06) “que o concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade dos credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação de bens do devedor [...]” e ainda segue dizendo que “nesta fase, a falência é vista como um delito, cercando-se o falido de infâmia e impondo-se lhe penas que vão da prisão à mutilação [...]”.

Pugliesi (2013 p. 23) reforça tal afirmação, apontando que no direito medieval, o instituto da falência estava estritamente ligado a medidas punitivas dirigidas a tirar o devedor do mercado, pois a mesmo era considerado criminoso.

De fato, referido entendimento sobre o instituto vigou até pouco tempo atrás, não sendo o Brasil uma exceção à regra.

Em nosso país o direito falimentar passou por diversas regulamentações, das quais podemos citar as ordenações filipinas, enquanto ainda éramos colônia de Portugal, o Código Comercial brasileiro de 1850, que no capítulo (parte) terceiro(a) cuidava “Das quebras”, a Lei nº 2.024 de 17 de dezembro de 1908, o Decreto – Lei nº 7.661/45 até chegarmos à atual legislação. (Lei nº 11.101/05). (BEZERRA FILHO, 2013, p. 47)

Podemos observar que com o passar do tempo, o direito falimentar ganhou novos contornos e se adequou as realidades sociais existentes em todo o mundo. No Brasil apesar de

as inovações chegarem tardiamente, sobretudo no que diz a atual legislação, o instituto foi bem recebido e se mostra eficaz, cumprindo os comandos constitucionais referentes a atividade econômica, a função da propriedade e ao desenvolvimento social.

2.3 O Decreto-Lei nº 7.661/45 o “antigo direito falimentar”

O Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945 foi instituído pelo então presidente da época Getúlio Vargas e teve como função regulamentar todo o direito concursal. Nela eram previstos o instituto da falência e o instituto da concordata, e é considerada um marco para o direito falimentar brasileiro, já que colocou efetivamente nas mãos do estado o poder de decretar a falência ou conceder os benefícios da concordata, como veremos a seguir.

Restava claro naquela legislação que seu intuito era punir o mau empresário que não conseguia manter seu negócio através da falência e assegurar a não punição do empresário quando a quebra da empresa era involuntária, através do instituto da concordata. (ALMEIDA, 2010)

Pugliesi (2013, p. 22 – 23) aponta com clareza que a falência nada mais era do que a morte da empresa, e que a mesma tinha por escopo principal o pagamento dos credores, mediante a realização dos bens do devedor, sendo, pois uma verdadeira execução coletiva de cunho eminentemente liquidatório. Lembra-nos ainda que tinha mero caráter punitivo.

Doutro lado, a concordata nada mais era do que a salvaguarda dos interesses do devedor, pois tinha a finalidade de livrar o empresário das punições que seriam impostas na falência (já que esta ainda era vista com maus olhos pela sociedade – o falido ainda era considerado criminoso). Dessa forma, a concordata era a “humanização” do processo de execução dos bens do devedor, com o intuito de livra-lo da falência e de seus efeitos. (ALMEIDA, 2010, p. 299 – 300)

E essa “humanização” foi adquirindo forma com o tempo. Vejamos:

Inicialmente, antes do surgimento do instituto da concordata, era oferecido ao devedor a chamada “moratória”, que nada mais era do que um prazo para saldar suas dívidas. Tal concessão era feita pelos próprios credores. Com o surgimento da concordata, a moratória perdeu espaço e desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro. Antes da promulgação do Decreto-Lei nº 7.661/45, para que o devedor obtivesse a concordata, ainda era necessário a anuência dos credores, ou seja, o poder de determinar a quebra da empresa ainda estava nas mãos deles. (ALMEIDA, 2010, p. 300)

O Decreto-Lei em comento foi revolucionário, e tirou tal prerrogativa das mãos dos credores, passando-a ao poder estatal (juiz). Tal mudança “humaniza” ainda mais o direito concursal, e é o primeiro passo para entendermos o que hoje chamamos de recuperação judicial.

Existiam, pois duas formas de concordata: A suspensiva e a preventiva:

A primeira forma (concordata suspensiva) era requerida quando a falência estava se processando, e tinha como objetivo remover o estado da falência. Como aponta Abrão (1997, p. 359):

A concordata suspensiva tem por objeto remover o estado de falência e seus efeitos, sendo os principais deles a liquidação do estabelecimento e a cessação da atividade negocial. Visa, pois, a preservar a empresa, com todos os benefícios de ordem econômica e social daí decorrentes. Consiste na oferta de um percentual por saldo dos débitos. É também um favor legal, porquanto não depende do consentimento dos credores.

A segunda, logicamente, era pleiteada antes do início do processo de falência e era aplicada, como bem ensina Abrão (1997, p. 327 – 328), oferecendo-se ao devedor prazos para a quitação de suas dívidas ou abatimentos nos valores devidos, ou ainda as duas vantagens simultaneamente, sendo que era o próprio devedor quem pleiteava tal benefício junto ao estado-juiz. O próprio empresário, ciente de seu estado econômico requeria junto ao estado na pessoa do juiz a recuperação de sua empresa.

Pelo disposto acima, temos que durante o período do “antigo direito falimentar”, o que a lei propunha era, como já citado anteriormente por Almeida, simplesmente a punição do mau empresário e a recuperação do devedor que por descuido havia caído na insolvência. Não existia a preocupação com todos os demais entes que eram ligados, seja diretamente, seja indiretamente com a empresa, como a classe trabalhadora e a economia local. A empresa não era vista como um fenômeno social capaz de gerar reflexos em todo o ordenamento econômico e cultural de uma região. Foi apenas com o decurso do tempo, e muita batalha legislativa, que houve o aprimoramento da lei, quando no ano de 2005, houve a promulgação da Lei n° 11.101/05 (Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas), o qual passamos a estudar.

2.4 A “nova” lei de falências e recuperação de empresas (Lei n° 11.101/05)

Com a explosão de crescimento econômico, cultural e social que o mundo passou a viver, principalmente depois da segunda metade do século XX com término da Segunda Guerra

Mundial, surgiram novas ideias as quais privilegiam, sobretudo a fraternidade e a paz social, já que o ser humano passou a ser o centro de todo o direito.

Frente a esse panorama, o direito em todo o mundo (e isso inclui o Brasil) teve que se adaptar, formulando novas normas e novas ideologias de vivência.

No Brasil, o primeiro passo se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (também chamada de constituição cidadã ou de constituição social), seguido da promulgação de diversas outras normas jurídicas (Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, Estatuto do Idoso, etc.) as quais se inclui a “nova” Lei de Falências e Recuperação Judicial, que data de 2005.

Referida Lei foi formulada, como bem aponta Fazzio Júnior (2011, p. 573), com o intuito de “introduzir no sistema jurídico brasileiro instrumentos legais e mecanismos jurisdicionais capazes de propiciar a reorganização e o soerguimento das empresas [...]”.

Em verdade, a nova lei de falências e recuperação judicial nada mais é do que um aperfeiçoamento do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45.

Pugliesi (2013, p. 25) aponta que esse aperfeiçoamento se deu de forma muito simples, mudando principalmente o enfoque do tratamento dado aos institutos nela existentes:

No Direito brasileiro, a Lei nº 11.101/05 modificou expressivamente o enfoque do tratamento do empresário em crise, dando destaque, efetivamente, ao tratamento da crise das empresas e levando em consideração o centro múltiplo de interesses que esta representa: “do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral”.

Neste compasso, o direito concursal passou de um enfoque meramente privado, para um enfoque público, trazendo a empresa para o centro do ordenamento jurídico, retirando dele o empresário (no caso da antiga concordata) e os credores (no caso da falência). (PUGLIESI, 2013).

A empresa passou a ser vista como uma instituição social. Almeida (2011, p. XI) em sua nota a 25ª edição do livro “Curso de Falência e Recuperação de Empresa”, assevera que a lei federal de 2005 modificou sensivelmente o direito falimentar, buscando sempre que possível à preservação da empresa, por ser a mesma uma verdadeira instituição social.

Malgrado hoje pensarmos a empresa como sendo uma instituição social, esse raciocínio somente se deu devido às mudanças principiológicas de todo o ordenamento jurídico pátrio, e no caso em comento, o princípio que gerou tais expectativas foi o da função social da propriedade, que ensejou o princípio da função social da empresa, que derradeiramente culminou no princípio da preservação da empresa, como se verá adiante.

Assim, a nova lei, reformulando as bases do direito concursal, manteve o instituto da falência e extinguiu as modalidades de concordata (suspensiva e preventiva), criando a chamada recuperação judicial (e neste ponto, como aponta Fazzio Junior (2011) a mudança da denominação trouxe a ideia do soerguimento, reestruturação da empresa, pois o antigo termo – concordata - passava a ideia de um simples acordo entre partes), e a chamada recuperação extrajudicial.

E tal mudança foi tão significativa, que Fazzio Júnior (2011, p. 573), por exemplo, adota o termo LRE (Lei de Recuperação de Empresas) para a Lei nº 11.101/05, pois acredita que o seu intuito principal não é e nunca será a falência, mas sim a recuperação da empresa.

Além da mudança do termo de concordata para recuperação judicial, esta “nova” lei, previu ainda o instituto da recuperação extrajudicial. De fato, o legislador não mediu esforços para apontar meios de preservar a existência da empresa em vista da sua função social.

A recuperação extrajudicial é o meio pelo qual o empresário devedor que se encontra em estado de crise, negocia com todos os seus credores (ou apenas alguns) de forma direta, sem a intervenção do estado, a forma de pagamento dos valores que lhes são devidos. Referida proposta, se aceita, será homologada judicialmente, valendo como título executivo judicial. (DINIZ, 2013, p. 681)

Como se percebe, trata-se de simples alternativa ao judiciário para a formação do plano de recuperação, pois em caso de inadimplemento, o mesmo servirá como título judicial.

Nota-se, portanto, que foram significativas as mudanças trazidas pela nova lei em detrimento daquilo que era previsto no antigo decreto-lei. Zanoti (2007) resume o que foi aqui explicitado dizendo:

Fundamentalmente, o atual diploma legal se distingue do anterior pelo fato de que, enquanto Lei de Falência e Concordata tinha por escopo o pagamento dos débitos sociais, a Lei de Falência e Recuperação tem o mesmo objetivo, porém privilegia a recuperação financeira das empresas. Está aqui configurada a importância que o Estado proporciona à preservação da empresa, justamente por considerá-la um bem social de inestimável importância.

Todavia, há que se consignar que embora seja visível os significativos avanços trazidos pelo novo ordenamento, existe quem entenda que os mesmos foram insuficientes, ou que pouco será utilizada frente a realidade em que o país vive.

Coelho (2006, p. 237 – 238), por exemplo, critica fortemente as mudanças trazidas com a nova lei, sobretudo no que diz respeito a excessiva atuação do estado, principalmente no instituto da recuperação judicial. Em suas palavras, ele assevera que:

A recuperação judicial não pode significar, como visto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa. Se a

sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse em nenhum agente econômico privado (empreendedores e investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes quando comparadas com as demais alternativas de investimento. [...] Nota-se, a solução da crise não é dele (juiz), nem sequer deve ser aprovada por ele; o papel do estado-juiz deve ser apenas o de afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado.

Nota-se que para tal autor, o estado é por demais intervencionista nos institutos da nova lei, e deveria deixar por conta do próprio mercado (que compreende o próprio empresário devedor, os credores da empresa em crise e terceiros interessados) tomar as rédeas e dar a destinação merecida da empresa, cabendo ao estado apenas regulamentar o procedimento da destinação adotada. Em outras palavras, o judiciário não deveria intervir no modelo econômico adotado pelo país.

Respeitado os diversos entendimentos sobre o tema, basta-nos sabermos que a nova lei de falências e recuperação de empresas trouxe em seu bojo uma mudança principiológica que culminou numa nova forma de visualizarmos as empresas em nossas vidas, bem como a importância que as mesmas têm para a sociedade.

2.4.1 O caráter social trazido pelo novo ordenamento

O caráter social trazido pela lei 11.101/05 sagrou-se como o principal enfoque da lei, pois quebrava o maior paradigma do antigo instituto, confirmando o empresário como sendo um ser de direito e de dignidade, desvirtuando, inclusive, o próprio concepção linguística de falência (falsear em latim). (ALMEIDA, 2010, p. 303)

De fato, a nova lei ressaltou o caráter social da empresa (e neste ponto apenas ressaltou tal caráter, pois desde o nascimento da sociedade moderna a empresa tem uma função social), apontando a preocupação com a sua existência, bem como afastando a ideia de “homem mau” que era o empresário que porventura vinha a falir ou requerer a concordata.

Martins (2013, p. 121) ressalta de forma brilhante o porquê desta mudança:

A lei de falência e recuperação de empresas surgiu sob a égide de uma mudança de visão a respeito da importância social da empresa no Brasil. Apesar de se considerar que o próprio Direito Comercial tem um caráter individual e privado, que também regula relações jurídicas de natureza privada, passou a ser observado que mesmo com essas características, ele está conectado com uma série de fatores que o revestem de grande importância para a coletividade, isto é, suas relações vão muito além do individual e do privado.

Todavia, tal mudança não ocorreu abruptamente e adveio do próprio modo de a sociedade visualizar a empresa em seu meio.

Logicamente esse caráter social da empresa não é criação da Lei 11.101/05 e a sociedade de um modo geral já clamava por ela desde meados da promulgação do Decreto-Lei 7.661/45.

Conforme demonstra Dantas (2013, p. 06) a lei de 1945 já não correspondia aos anseios da sociedade à época de sua criação, visto que a mesma continuou a justificar a falência das empresas pela mera insolvência, como ocorria nas leis anteriores. E o pior é que além de não possuir mecanismos que viabilizassem a reestruturação da empresa, agora o processo falimentar era ainda mais moroso.

A Carta Magna de 1988 trouxe novos parâmetros para o direito brasileiro, o que ajudou a modificar a situação em que o direito falimentar se encontrava. No mesmo sentido foram as disposições do Código Civil de 2002 que prestigiava a boa-fé e a função social que devia permear os negócios e institutos jurídicos.

A Lei 11.101/05 veio apenas corroborar tais afirmativas, tentando oferecer soluções compatíveis com a situação do mercado brasileiro. Veja-se, como bem apontado por Zanoti (2007), que a lei de 2005 materializou o princípio da preservação da empresa que contém em seu cerne dispositivos como a valorização do trabalho humano e livre iniciativa que são fundamentos de nosso ordenamento previsto na Constituição federal de 1988.

Nesse sentido, vale destacar os ensinamentos da renomada ministra Nancy Andriighi, quando da prolação de seu voto no RE nº 1.166.600/RJ, onde aponta que a nova lei tem como intuito preservar a empresa, pois a mesma passou a ter um valor muito grande na sociedade, já que a mesma é um importante instrumento de organização produtiva, sendo que sobre si recaem múltiplos interesses, que transcendem os lucros dos sócios. (BRASIL, 2012, p. 05)

As mudanças foram tênues, mas suficientes para demonstrar esse novo caráter da lei.

Almeida (2010, p. 303 – 304) aponta que a mudança na etimologia de concordata para recuperação judicial é um exemplo que evidencia o intuito da nova lei, já que o termo “concordata” significa acordo, presumindo a convergência de vontades entre devedor e credor, enquanto o termo “recuperação judicial” dá uma ideia de reestruturação, soerguimento da empresa em crise.

Outrossim, vale ressaltar que a aplicação do princípio da função social da empresa não beneficiou apenas o empresário, mas sim todos aqueles que dependiam direta e indiretamente da empresa, como outrora já dito os fornecedores, credores, trabalhadores e toda a sociedade que dela depende. Isso porque passou-se a entender que a empresa, apesar de possuir um viés

capitalista (tem por principal objetivo o lucro), em muitos casos tal intuito é ultrapassado trazendo benefícios para toda a sociedade, como a geração de empregos, a arrecadação de impostos, a estimulação a economia local e o melhoramento da qualidade de vida. (MARTINS, 2013, p. 122)

Nota-se então que a nova lei de falências e recuperação de empresas é calcada em um caráter social, pois não pensa mais isoladamente nos credores, mas sim em toda a sociedade, cumprindo ainda as disposições constitucionais de construir uma sociedade mais justa.

2.4.2 O Instituto da falência no novo ordenamento jurídico

Como dito anteriormente, a nova lei concursal modificou os parâmetros e o modo de visão dos institutos que regula, não sendo a própria falência uma exceção.

É bem verdade que a falência não deixou de ser um procedimento liquidatório, onde se visa à satisfação dos credores em detrimento a não superação da crise econômica pelo empresário. Todavia, este é apenas uma das “facetas” da nova lei, já que seu intuito sempre foi a preservação da mesma caso (e esta é a palavra-chave) ela fosse viável. (PUGLIESI, 2013, p. 24 – 25)

A viabilidade da empresa está expressa na própria lei, em seu art. 47, que aponta:

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 (BRASIL, 2005).

Tem-se, então que o instituto da falência é subsidiário, ou seja, deve ser aplicado apenas quando incabível a recuperação da empresa. Nesse ponto, justifica-se a sigla adotada por Fazzio Junior para a lei de 2005 como sendo “LRE – Lei de Recuperação de Empresas”.

Há quem entenda que a falência não deve ser vista como um instituto maligno e atemorizante, pois em alguns casos a decretação da falência de algumas empresas importaria a viabilidade de outras e a conseqüente manutenção da ordem econômica, o qual também é um dos fundamentos de todo estado democrático de direito.

Coelho (2006, p. 233 – 234) é quem melhor explicita tal afirmação, ao apontar que nem toda a falência é um mal, e que determinadas empresas devem falir para a subsistência e crescimento das demais. Em suas palavras:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser

encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser relocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza [...] as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem.

Pode-se dizer então, que quando não existir solução de mercado para determinada empresa que se encontra em crise, a sua falência é a melhor saída, pois a mesma não prejudicará as demais, e conseqüentemente o sistema econômico do país.

Neste ponto é importante ressaltarmos que, para que haja falência, necessário se faz que a empresa demonstre, além da simples crise, algumas situações que apontam que a mesma não está mais apta a funcionar no mercado na forma que se encontra. Tais situações são conhecidas, para a maioria da doutrina como “pressupostos da falência ou causas determinantes da falência” e são, em síntese, aqueles previstos no art. 94 da Lei nº 11.101/05 (Impontualidade injustificada ou atos ruinosos). (COELHO, 2006, p. 246)

Ferreira Apud Almeida (2010, p. 22) diz que a falência é uma situação jurídica que se revela por meio a impontualidade do pagamento das obrigações assumidas pela empresa ou pela realização de atos de demonstrem que a mesma está em situação financeira ruínosa.

Nota-se que não é fácil apontar quando uma empresa está em situação financeira ruínosa que não possa superar, ou que esteja praticando os chamados atos de falência.

De fato, na maioria dos casos quem acaba decidindo se o que se procederá será a falência ou a recuperação da empresa são os próprios credores através da “Assembleia Geral dos Credores”.

Como ensina Almeida (2010, p. 212 – 214) a Assembleia Geral dos Credores é uma “novidade” trazida com a Lei federal de 2005, visto que no Decreto-Lei de 1945 inexistia tal órgão. Ele possui atuação obrigatória e específica tanto no instituto da falência como no instituto da recuperação judicial, sendo de destaque a faculdade de aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pela empresa recuperanda nos termos do art. 35 da Lei nº 11.101/05.

Com efeito, é através de tal assembleia que se verifica qual o melhor caminho a ser tomado pela empresa que encontra-se em dificuldade de saldar suas dívidas.

Aponta Pugliesi (2013, p. 260) que tal verificação se dá levando-se em consideração a possibilidade de minimização das perdas com a adoção de um ou de outro procedimento (falência ou recuperação), ou seja, leva-se em consideração o montante de crédito que os credores possuem com a empresa, a confiança no devedor e no plano de recuperação por ele

apresentado, além da análise do risco das perdas que se sujeitarão com o procedimento que adotarem.

Se for decidido pela falência da empresa, o processo terá seus tramites normais como prevê a lei (arrecadação dos bens, vendas, pagamentos dos credores não concorrentes e dos concorrentes).

Por outro lado, se ficar definido que se procederá a Recuperação Judicial da empresa outros tramites serão tomados.

2.4.3 O Instituto da recuperação judicial no novo ordenamento jurídico

O instituto da recuperação judicial nada mais é do que a evolução das concordatas previstas no antigo Decreto-Lei de 1945.

O que se visa com este instituto, diferente do que ocorria com as concordatas suspensivas e preventivas não é apenas a proteção do devedor/empresa que se encontrava em dificuldades, mas sim a garantia de reestruturação da empresa para que a mesma possa continuar a exercer a sua função perante a sociedade. Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

[...] a recuperação prestigia a busca de uma solução negociada entre o devedor e os seus credores com o objetivo principal de permitir condições de desenvolvimento futuro da empresa em dificuldades, e não apenas solucionar as obrigações do passado (PUGLIESI, 2013, p. 27)

Na lei revogada, as concordatas apesar de serem essenciais a recuperação da empresa, nem sempre eram eficazes o suficiente para sanar as dificuldades que a mesma vinha passando, ou seja, esse instituto com o tempo mostrou-se inadequado, pois não conseguia assegurar os recursos financeiros para o soerguimento da empresa, já que as instituições financeiras recusavam-se a financiar créditos para a sua reestruturação, ante a falta de garantias para o recebimento desse investimento. Somado a estes fatos, temos que as opções existentes para efetivar a recuperação eram poucos, razão pela qual normalmente as empresas faliam (ALMEIDA, 2010, p. 303).

Com o advento da Lei de 2005, e com o aparecimento do instituto da recuperação judicial (e de certo modo da recuperação extrajudicial também), houve a reformulação dos meios, não somente para a reestruturação da empresa, mas também para todos aqueles que direta e indiretamente dependiam dela. Almeida (2010, p. 310) aponta que “A Lei n.

11.101/2005 (Lei de Falências) é extremamente pródiga com relação às opções concedidas ao devedor ou aos seus credores, para a recuperação judicial de empresa [...]”.

O plano de recuperação é o instrumento que possibilitou a viabilidade da recuperação judicial, pois ele dá ao empresário a oportunidade de pensar a sua reestruturação, sem comprometer a vida da empresa.

Coelho (2006, p. 420) ensina que o plano de recuperação deve ser confeccionado à partir da adequada análise dos motivos que levaram a empresa a crise, bem como a natureza da mesma (lembrando que a crise pode ser financeira, economia ou patrimonial) que ela está passando, ou seja, o que será proposto no plano deve ser condizente com a crise que a empresa vem enfrentando, pois se a mesma não o refletir, fatalmente o plano será um fracasso.

Vê-se, portanto, que o referido plano é a peça mais importante do instituto da recuperação judicial.

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. (COELHO, 2006, p. 419)

Assim, se o plano apresentado for bem estruturado e houver a aceitação por parte da maioria da assembleia dos credores (no quórum definido na lei), há uma enorme possibilidade da reestruturação da empresa e da continuidade de suas atividades.

Vale ressaltar que, apesar de serem os credores, por meio da assembleia geral quem decidem se a empresa sofrerá a falência ou se aplicará o instituto da recuperação judicial a ela (o indeferimento do plano de recuperação apresentado, segundo a lei, acarreta a falência da empresa), existe uma ordem imposta pela lei dos valores que a empresa garantirá com a sua reestruturação. É o que se denota da leitura do já citado artigo 47 da Lei nº 11.101/05.

De fato, a recuperação judicial visa, antes do pagamento dos credores e da reestruturação do empresário a manutenção da fonte produtora e a manutenção dos empregos dos trabalhadores.

A Lei de Falências e Recuperação de Empresas, através da recuperação judicial tem como objetivo principal, beneficiar a empresa com dificuldades econômico-financeiras, porém com possibilidade de superação, para preservar a produção e manutenção de emprego. Para isso, a lei estabelece uma ordem de prioridade, sendo seu primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora e manutenção do emprego dos trabalhadores, após isto é que se satisfaz os interesses dos credores. (PRETTO; NETO, s.d, p. 12)

Quando há o cumprimento do plano nos moldes impostos, cessa o status da empresa de estar sob a denominação “em recuperação judicial”, podendo seguir seus caminhos

normalmente, somente podendo requerer novamente a aplicação do instituto da recuperação judicial após decorridos 5 anos, nos termos do art. 48, II da Lei nº 11.101/2005. (BRASIL, 2005)

O termo apresentado pela lei justifica-se ao passo em que a empresa não consegue manter suas atividades ao menos durante o prazo de 5 anos, a mesma está fadada a falência e se for o caso deverá requerê-la, pois assim será mais benéfico para todo o mercado. Trata-se de mais um caso, como dito acima, da subsidiariedade da aplicação do instituto da falência.

CAPÍTULO 3 – PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

3.1 Um sistema jurídico de princípios

Como se sabe, nosso ordenamento jurídico não é um simples emaranhado de normas dispostas em códigos e leis esparsas, mas sim um sistema complexo, tal como o corpo humano, onde apesar de ser incompreensível em certos pontos, está em sua grande maioria das vezes em consonância com o resto do ordenamento e vai ao encontro dos anseios da sociedade, sendo que isto somente é possível porque nosso ordenamento tem como pilar fundamental os princípios.

De fato, a existência de um ordenamento jurídico pautado em princípios torna o viver social (estado de direito) mais dinâmico e facilmente adaptável as mudanças que ocorrem dentro do país, seja por meio dos seus próprios nacionais, seja através das influencias trazidas pelo exterior, tais como cultura e a economia. Trata-se de hermenêutica constitucional. (MAXIMILIANO apud BARACHO, 2011)

Esta “mudança” somente é possível porque os princípios são enunciados gerais e vagos, que norteiam toda a conduta social, inclusive o fazimento da própria lei.

Os princípios nada mais são do que normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que as leis (CANOTILHO apud LENZA, 2012, p. 146), que expressam a real ideia de direito e de justiça, que por sua vez também são conceitos vagos, e variáveis de pessoa para pessoa, ou de cultura para cultura.

Isso é o que se extrai da maioria das definições e conceitos de princípio. Bandeira de Mello (1980, p. 230) apud Coraíni Júnior (2012, p. 253), por exemplo, define princípio como sendo:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Assim, são os princípios regras gerais para os diversos institutos jurídicos existentes em um ordenamento. Como exemplo, podemos citar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio do estado democrático de direito, entre vários outros que disciplinam de uma forma genérica com quais valores a sociedade se importa e se regerá.

Sabe-se ainda que existem os princípios derivados dos princípios, ou seja, há princípios específicos de certos ramos jurídicos ou de certos institutos, como no caso dos princípios específicos do direito administrativo, do direito processual, do direito tributário, do direito penal, do direito civil e do direito empresarial.

Tais princípios, apesar de serem mais específicos, têm a mesma função dos demais, regulando de forma genérica o pertinente instituto.

O princípio da preservação da empresa é pois um destes princípios “derivados”, já que tem como raízes o princípio da função social da empresa, que por sua vez tem origem no princípio da função social da propriedade.

3.1.1 Função social: uma das bases do ordenamento jurídico pátrio

Uma grande parcela de nosso ordenamento jurídico, para cumprir os objetivos do estado democrático de direito, é pautado na chamada “função social”.

Tal termo é amplamente utilizado na atualidade por todo e qualquer ramo do direito brasileiro. É comum ouvirmos expressões como “a propriedade deve cumprir sua função social”, a “pena aplicada ao réu tem, pois, uma função social”, “a empresa deve se ater a sua função social”, “todo contrato deve ser observado no limite da boa-fé objetiva e de sua função social”. Mas afinal, o que é função social?

Ensina Carvalho (2011) que o direito, por si só é uma função social, pois desde que o homem se uniu em sociedade, submetendo-se a regras gerais (que possibilitam essa vivência em comunidade), eles buscam uma função, uma finalidade em comum (finalidade social – bem estar de todos).

O conceito de função social por ser claramente uma expressão de conotação vasta, pode significar várias coisas dependendo do contexto em que é empregada. Todavia, em linhas gerais, para o direito pátrio, tal termo deve significar, e tem como objetivo, nada mais do que a construção de uma sociedade mais justa e solidária. (MARTINS 2013, p. 13)

O ilustre Prof. Martins (2013, p. 13), quando trata do assunto ainda diz que:

A interpretação correta é aquela que preceitua que, primordialmente, o Estado possui o cumprimento da função social como um compromisso para com a sociedade, que o criou e o mantém, isto é, a palavra função social, na sua contextualização correta deverá exprimir ação e dever de agir do Estado para a construção de uma sociedade mais justa.

E esse dever de cumprir a função social por parte do Estado se dá principalmente com a confecção das leis e dos princípios que devem ser por todos observados, (daí o porquê da

existência das expressões descritas acima). Ressalta-se ainda que o Estado garante a função social dos institutos jurídicos, que são especiais para o cumprimento de seus objetivos, por meio do poder judiciário quando prolata suas decisões. Para explicitar o aludido, vejamos um típico caso onde leva-se em conta a função social de um dos vários institutos jurídicos existentes em nosso ordenamento:

Ementa: Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Hemodiálise. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Contrato de seguro firmado antes do advento da Lei nº 9.656/98, renovado, porém, de forma automática a cada ano, constitui novo contrato e se submete à regência de tal lei. **A exclusão do procedimento sem o devido destaque, desrespeitando inclusive a sua urgência é disposição nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, contrariando o princípio da boa-fé contratual e a função social do contrato que envolve a saúde, bem jurídico protegido constitucionalmente.** Ausência de comprovação de oferta de alteração do contrato. Recurso adesivo pugnando pela majoração da verba honorária. Apelo não provido. Recurso adesivo parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2014, grifo nosso)

É possível notar, pela ementa descrita acima, que foi levado em consideração, para o julgamento do caso a função social do contrato existente entre as partes, que tratava sobre saúde, bem protegido constitucionalmente.

Segue outro julgado que demonstra a função social abraça diversas áreas jurídicas:

Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Lacração de estabelecimento comercial derivado de auto de infração e multa - Decisão que indeferiu liminar objetivando o restabelecimento das atividades da Impetrante - Pretensão de suspensão do ato administrativo. Admissibilidade - Princípio constitucional da livre iniciativa que se sobrepõe ao desarrazoado exercício do poder de fiscalização - Necessidade de observância do princípio da função social da empresa, sob pena de notório prejuízo às atividades comerciais da Impetrante. Decisão reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2014)

No caso em apreço, o tribunal paulista entendeu por bem que o princípio constitucional da livre iniciativa, bem como o princípio da função social da empresa sobrepõem o ato administrativo praticado.

Ressalta-se que a função social sempre existiu, porém a mesma ganhou força, sobretudo, em razão da superação da dicotomia “público-privado”, trazida pela Constituição de 1988, ou seja, a partir do momento em que se começa a perceber que as expressões direito público e direito privado eram relativas e que em muitos casos se confundiam. Isso se deu, segundo Lenza (2012, p. 54), em razão das transformações do estado absolutista para o liberal, e posteriormente de liberal para social, inclusive, chegando-se a falar hoje em um estado pós-social.

Complementando o entendimento, podemos citar Martins (2013, p. 16) que aponta que o reconhecimento e a consequente aplicabilidade dessas premissas foram resultados da própria transformação da sociedade que passou a dar maior ênfase a conceitos como fraternidade, solidariedade e desenvolvimento social.

A própria sociedade sentiu a necessidade de evoluir, para dessa forma, alcançar o bem estar social, cumprindo assim, as finalidades do estado brasileiro de construir uma sociedade mais justa e solidária.

3.1.2 O princípio da função social da propriedade

O direito à propriedade é corolário do nosso ordenamento jurídico, e é um típico direito social, necessário para o desenvolvimento do ser humano como cidadão, necessário para o convívio em sociedade e necessário para impulsionar o sistema econômico de todo o país.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, o direito à propriedade era considerado absoluto, de modo que seu proprietário, sendo legítimo senhor da “coisa” poderia utilizar de suas faculdades (usar, gozar, dispor e reaver) da maneira que bem entendesse. Vejamos:

A história do direito de propriedade é muito antiga, e o mesmo passou por várias etapas. O direito romano influenciou de forma significativa em todo o direito civil ocidental, em especial no direito das coisas. Nessa época, a propriedade já possuía um caráter individualista. Na Idade Média, o direito de propriedade passou por uma fase peculiar, pois havia uma dualidade de sujeitos (senhor e servo – idade do feudo - Vale ressaltar que nessa época existia um sistema hereditário que garantia que a propriedade permanecesse com uma determinada família). Posteriormente, com a revolução francesa, ocorreu o chamado “primeiro marco do direito de propriedade”, onde a mesma retornou a sua origem romana, ou seja, voltou a ter caráter individualista. (GONÇALVES, 2011, p. 21 – 22)

O jurista Gonçalves (2011, p. 22 – 24) segue dizendo que gradativamente essa concepção egoística foi se modificando, sendo que no século XX, foi acentuado o caráter/função social que a propriedade possuía, através das encíclicas dos Papas Leão XIII e Pio XI. No Brasil, segundo o autor, houve várias legislações que atribuíram (e demonstravam) o caráter social da propriedade, tais como o Código de Minas, e o Código de Águas, mas que foi a Carta Magna de 1988 que consolidou a função social que a propriedade possuía, sendo que o Código civil de 2002 apenas corroborou essa nova linha de pensamento.

O direito à propriedade, portanto, passava definitivamente de um caráter pessoal e egoísta para um caráter de um direito social.

Nesse esteio, como ensina o ilustre jurista Zanoti (2009, p. 91), o conceito de propriedade passou então a ser relativizado, pois somente poderia se considerar como sendo legítima a propriedade, se a mesma cumprisse a sua função social.

Em outras palavras, como ensina Reale apud Diniz (2014, p. 128): nos dias de hoje a propriedade deve atender aos interesses socialmente relevantes (como por exemplo, a utilização da propriedade como fonte de riquezas, meio de cultura, respeito ao meio ambiente e as relações de trabalho), ao mesmo tempo que atende ao interesse de seus particulares. Nota-se claramente que a propriedade passou a ser um direito e um dever, pois a sua função é individual e social ao mesmo tempo.

Conclui-se que o fato de a propriedade passar a ser considerado um direito social, ela sai “quase” que totalmente da esfera do direito privado e passa a ser um direito público, incumbindo-se ao próprio Estado intervir neste direito, caso não esteja sendo cumprido a sua efetiva função. A exemplo disso temos o plano diretor, a reforma agrária, a desapropriação, a usucapião, entre outros. Ademais, esse entendimento se justifica ao passo em que, como ensina Zanoti (2009, p. 101), “o que há é direito à propriedade, e não sobre a propriedade”.

Sobre a conclusão descrita acima, vale ressaltar os ensinamentos de Melo; Monteiro (2014):

[...] a função social prevista constitucionalmente mitiga o individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista. No entanto, não altera sua natureza jurídica de direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico.

Na verdade, a função social provoca modificações na estrutura e regime jurídico do direito de propriedade, alterando seu conceito e o seu conteúdo.

Interessante ressaltar nesse ponto o entendimento exarado pela décima nona câmara cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando tratou de assunto relativo a propriedade e a sua respectiva função social. Nela fica ressaltado que a propriedade não é um direito individual intangível, mas sim um instituto com características de direito individual e de direito público (coletivo), vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. VISTORIA PELO PODER PÚBLICO. PROPRIEDADE LOCALIZADA NA ÁREA DO PARQUE ESTADUAL DO TAINHAS. INTERESSE PÚBLICO. ART. 225 DA CF/88. 1. A simples vistoria em propriedades privadas localizadas dentro de reserva ambiental, para fins de estudo, inventário e delimitação de área, não ofende o direito de propriedade. Ao contrário, trata-se de um mandamento constitucional que impôs a todos, governo e sociedade, a proteção do meio ambiente. 2. **A proteção constitucional ao direito de**

propriedade não significa ser ele um direito absoluto e intangível, pois está sujeito a uma série de condicionamentos legais e constitucionais, pois ela deve conviver com outros relevantes interesses sociais. Ou seja, na moderna concepção de propriedade dotada de uma função social, prevê-se que o exercício dos poderes dominiais não vá dirigido unicamente para a satisfação do interesse privado, devendo também observar as mais gerais exigências da sociedade em seu conjunto. 3. "A tutela da situação proprietária passa pelo respeito da situação não proprietária" (Luis Edson Fachin). 4. Somente após a constatação de que a área realmente necessita de proteção especial é que a administração poderá proceder à desapropriação, observando, obviamente, os prévios procedimentos administrativos e legais, o que torna a recusa do autor em colaborar ainda mais injusta. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, grifo nosso)

Com efeito, a propriedade com o novo entendimento trazido pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, passou a ser um instituto “sui generis” ante a sua relativização (TAVARES, 2003 apud MARTINS, 2013, p. 31; SILVA, 2011 apud MARTINS, 2013, p. 31), e pode ser sucintamente descrito como um direito privado nos limites de sua função social. É o que se denota ainda da própria lei:

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 à propriedade;
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988)

Podemos apontar então que a propriedade é uma das facetas que o Estado se utiliza para cumprir o seu objetivo, de construir uma sociedade mais justa e solidária, por meio de sua utilização correta, ou seja, fazendo com que a mesma seja fonte de riquezas, direcionada a questões sociais (MARTINS, 2013, p. 41).

3.1.3 O princípio da função social da empresa

Como já dito anteriormente, nosso sistema jurídico é feito de princípios, sendo que em certos casos alguns princípios, pela vastidão de conteúdo que possuem, ou simplesmente pela generalidade que apresentam, se desdobram em outros mais específicos, como no caso do princípio da função social da empresa.

É importante ressaltar que com o passar do tempo, principalmente após a promulgação da Carta Magna de 1988, as empresas no Brasil se tornaram um importante instrumento de desenvolvimento econômico e social, sendo elevadas ao patamar de “instituição social”. Nesse sentido ensina Almeida (2010, XI): que a nova lei de recuperação judicial e falências (Lei nº

11.101/05) é um instrumento que demonstra esse caráter de instituição social que a empresa possui, já que ela se caracteriza como sendo uma fonte geradora de riquezas e de empregos.

As declarações feitas por Zanoti (2007) também merecem especial destaque:

[...] mister se faz destacar que a empresa desempenha um papel de relevância sócio-econômica na sociedade, pois além de ativar a economia como um todo, produzindo bens e serviços importantes para a consolidação do bem-estar das pessoas, gera postos de trabalho, como consequência natural, de forma a contribuir para com a satisfação das necessidades dos cidadãos. Assim, à medida que ocorre a satisfação dos anseios dessas pessoas, nesse nível, arrefecem-se as tensões sociais, visto que o homem passa a receber tratamento que enaltece a sua dignidade pessoal.

No mesmo sentido Amaral (s.d.) aponta que a empresa deve ser vista pelo empresário (e por toda a sociedade de um modo geral) como uma ferramenta para o respeito e para a promoção dos princípios basilares do estado de direito, como o da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, do desenvolvimento social e econômico, entre outros. O lucro do empresário seria apenas uma consequência da existência da empresa e do bem que a mesma faz a sociedade quando cumpre a sua função social.

Esse entendimento é exarado ainda por outros estudiosos, como por exemplo a ilustre Dantas, (2013):

Certo de que ao se pensar em qual é a primeira finalidade de se desenvolver atividade empresária remete-se de logo ao lucro, o que se poderia fazer acreditar ser esta a única consequência da empresa.

Definitivamente essa visão limitada não se coaduna com a realidade de transformação positiva da sociedade provocada pela empresa, conforme será abordado.

Acredita-se que o lucro tenha um caráter eminentemente construtivo, pois é dele que surge a vontade do ser humano em desenvolver atividade empreendedora o que por conseguinte promove a circulação de riqueza, geração de empregos, fonte de tributos, concorrência, melhora da qualidade de produtos ofertados, etc.

Ainda, Martins (2013, p. 57) aponta que em razão da importância que a empresa tem a mesma passa a aglutinar em si uma gama de interesses juridicamente tutelados, que ultrapassam em muito o intuito de lucrar do empresário.

Nota-se que, assim como a propriedade, toda empresa é uma facilitadora para o convívio social, sendo geradora de riqueza, trabalho, cultura, e até mesmo de valores sociais.

Sabemos que a empresa possui uma função social, de modo que cumpre-nos agora apontarmos como a empresa desempenha essa sua função.

Há quem diga que a empresa exerce a sua função social de várias formas. Para Ricci (2012) a função social da empresa é um valor e não uma norma jurídica, sendo que em razão

disso é praticamente impossível apontarmos como uma empresa pode efetivamente cumprir a sua função social, bem como quais são as consequências pelo seu não cumprimento.

Por outro lado, Martins (2013, p. 57 – 69) aponta que a função social da empresa é exercida quando a mesma, em síntese, cumpre o disposto no art. 170 da CRFB/88, ou seja, quando a empresa, mesmo buscando a sua finalidade maior (lucrar), respeita os direitos inerentes aos consumidores, ao meio ambiente, ao trabalho, e a livre concorrência. Dita ainda que quando a empresa busca minimizar as diferenças sociais existentes dentro da comunidade, ela também está cumprindo a sua função social.

Se a empresa cumpre esses preceitos, pode-se afirmar que a mesma, na ótica trazida pela Constituição federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, antes de ser propriedade do empresário, é um bem social.

Zanoti; Mendes (2005, p. 19) apud Zanoti; Zanoti (2007) quando traz à tona o assunto, esclarece:

Destarte, pode-se afirmar que a empresa é um bem social, antes mesmo de ser um bem que pertence ao empresário. Em linguagem inversa, o empresário tem cotas ou ações de uma empresa que pertence à sociedade. É por isso que a empresa tem uma função social para cumprir, norma esta positivada nos textos legais principalmente a partir da promulgação da Lei n. 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades por Ações.

No mesmo sentido, são os ensinamentos transmitidos por Martins (2013, p. 58), no qual aponta em síntese que pelo fato de a empresa atrair diversos interesses, justifica-se uma série de deveres impostos sobre a pessoa do empresário. Conforme ele explica, o poder de controle que o empresário possui sobre a empresa passa a ser afetado por deveres jurídicos diversos, de modo que o empresário sai do simples e puro direito subjetivo que possui sobre a empresa, e passa a ter um poder-dever/direito-função, o que significa dizer que o empresário tem o dever de exercer a função social da empresa.

Resta claro então que toda empresa possui um caráter social que a torna mais que uma simples fonte de renda para o empresário, mas sim uma instituição necessária para a busca dos preceitos constitucionais, e que o exercício da função social não é uma mera prerrogativa do empresário, mas sim um dever a ele imposto tacitamente pelo próprio comando legal, pois somente assim é possível efetivar esses preceitos.

3.1.4 O princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa tem estrita ligação e decorre diretamente do princípio da função social da empresa. Segundo os ensinamentos de Martins (2013, p. 106), “o

princípio da função social da empresa se vê, pois, intimamente entrelaçado com o princípio da função social da empresa, sendo lícito afirmar que aquele decorre ou resulta desse”.

Referido princípio ganhou notável relevância com a promulgação da lei nº 11.101/05 e é a base de toda a recuperação de empresa, em especial da recuperação judicial, conforme se depreende da própria leitura do art. 47 da referida lei:

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 a atividade econômica. (BRASIL, 2005).

De certo, conforme ensina Gama (2007), a lei de 2005 trouxe nova mentalidade para todo o ordenamento jurídico que trata sobre o direito concursal, notadamente no que diz respeito a reestruturação da empresa, pois a lei já não tem mais o simples intuito de regular a satisfação dos credores, como outrora ocorrida com o decreto-lei de 1945, mas sim de analisar a possibilidade de manutenção da empresa, com a consequente continuidade de sua atividade produtiva.

Com efeito, essa nova preocupação trazida pela Lei de Falências e Recuperação de Empresas é vista principalmente sobre o prisma da viabilidade da empresa frente a sua crise econômico-financeira, de modo que se a empresa mostrar capacidade para a sua reestruturação, será aplicado o instituto da recuperação, e, caso contrário, lhe será aplicado o instituto da falência. (PUGLIESI, 2013, p. 33).

Isso ocorre porque, como ensina Pugliesi (2013, p. 26), “a ideia é que a saúde do mercado, como um todo, depende não apenas da preservação das empresas ‘viáveis’, mas também da retirada, célere e eficaz, daquelas outras que não tenham condições de desenvolver suas atividades”.

No mesmo sentido, é de salutar importância citar os ensinamentos de Martins (2013, p. 107), que quando discorre sobre o tema, afirma que o princípio da preservação da empresa não é um instituto criado para conceder privilégios para alguns em detrimento do prejuízo de outros, mas sim de salvar as empresas que demonstrem a capacidade de superação da crise que passam (viabilidade), e de retirar do mercado as empresas que não possuam essa condição e que possam a vir prejudicar o mercado.

E viabilidade, segundo nos ensina Medina; Hübler (2014) deve ser entendido como a capacidade de a empresa em crise cumprir as determinações do plano de recuperação judicial, e após o efetivo cumprimento desse plano, ser capaz de continuar no mercado fomentando a economia.

Nossos tribunais têm levado em consideração tal premissa para a aplicação do instituto judicial cabível em cada caso concreto. Se a empresa demonstrar viabilidade, certamente a mesma será protegida pelo princípio da preservação da empresa, sendo que se este não for o caso, aplicar-se-á a mesma o instituto da falência, que segundo Coelho (2006, p. 233 – 234) também não pode ser considerada algo negativo, pois as empresas ruins têm que desaparecerem para não prejudicarem as boas.

A exemplo disso, podemos citar o “caso VASP”, de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrighi:

[...]1- A recuperação judicial - instituto que concretiza os fins almejados pelo princípio da preservação da empresa – constitui processo ao qual podem se submeter empresários e sociedades empresárias que atravessam situação de crise econômico-financeira, mas cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível.

2- Depois de concedida a recuperação, cabe ao juízo competente verificar se os objetivos traçados no plano apresentado foram levados a efeito pelo devedor, a fim de constatar a eventual ocorrência de circunstâncias fáticas que autorizam, nos termos dos arts. 61, § 1º, 73 e 94, III, "g", da Lei n. 11.101/2005, sua convolação em falência.

3- Caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação - sem que isso implique violação ao princípio da preservação empresa, inserto em seu art. 47 - mediante um procedimento que se propõe célere e eficiente, no intuito de se evitar o agravamento da situação, sobretudo, dos já lesados direitos de credores e empregados.

4- O Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório que integra o processo, reconheceu, no particular, que: (i) o princípio da preservação da empresa foi respeitado; (ii) a recorrente não possui condições econômicas e financeiras para manter sua atividade; (iii) não existem, nos autos, quaisquer elementos que demonstrem a ocorrência de nulidade dos votos proferidos na assembleia de credores; (iv) nenhuma das obrigações constantes do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora foi cumprida.

5- De acordo com o entendimento consagrado no enunciado n. 7 da Súmula/STJ, as premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido - que autorizam, na hipótese, a convolação da recuperação judicial em falência - não podem ser alteradas por esta Corte Superior.

6- Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

A longa ementa descrita acima demonstra de forma inequívoca um caso onde a recuperação judicial veio por terra. Não havendo solução de mercado para empresa (viabilidade), também não havia outra alternativa ao Estado senão a convolação da recuperação em falência. Nota-se, como bem apontado pela ministra, que isso não viola o princípio da preservação ora estudado, justamente porque está sendo respeitado a análise da viabilidade da mesma.

Interessante apontamento é feito ainda por Medina; Hübler (2014) que assegura que a viabilidade deve ser considerada como condição da ação, e que por isso deve ser analisada pelo magistrado quando da propositura da mesma, de modo que se a empresa que passa por crise demonstrar ao menos indícios de sua viabilidade econômica, há o interesse de agir e haverá o prosseguimento natural do feito.

Essas análises não devem ser feitas de forma perfunctória, mas sim realizadas com minucioso cuidado, pois como já dito anteriormente, as empresas fazem com que convirjam sobre si uma gama de interesses públicos e privados, haja vista que as mesmas são necessárias para o cumprimento de preceitos constitucionais de relevante importância, tais como o trabalho digno, o desenvolvimento econômico e social, a busca pela integração, entre outros.

Nota-se, portanto, que a preservação da empresa por meio da aplicação da recuperação judicial não é um valor a ser buscado a qualquer custo, mas sim fruto de uma análise detalhada da situação trazida no caso concreto.

Interessante neste momento é apontar os ensinamentos trazidos por Martins (2013, p. 108 – 109) que pela riqueza de detalhes, merece transcrição integral:

O princípio da preservação da empresa, pois, se vê intimamente atrelado ao princípio constitucional da função social da empresa, o qual resulta do princípio da função social da propriedade previsto no art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Assim, ao estabelecer uma simbiose entre os princípios da preservação da empresa e de sua função social, a Lei de Recuperação de Empresas e de Falências se revela em harmonia plena com o traçado na Constituição Federal de 1988. [...]devemos levar em consideração que o princípio da preservação da empresa não pode ser aplicado indistintamente, eis que há a necessidade de se apurar a viabilidade do empreendimento em crise. Constatada a viabilidade, deve-se preservar a empresa; caso o contrário, deve-se instaurar a falência.

Indubitável, a importância da empresa no seio da sociedade como fonte de diversos tipos de riqueza, bem como o valor social que a mesma possui, razão pela qual mostra-se claro que as novas perspectivas trazidas pela lei de 2005 que trata sobre o direito concursal não foram feitas a bel-prazer como já ocorrera com outros institutos, mas sim é fruto da análise social e econômica que a sociedade está por passar, sendo que a mesma reflete os seus anseios e necessidades.

É importante ressaltar que além de ser uma norma confeccionada com esteio na realidade social, a mesma é eficaz, ao passo em que nossos tribunais vêm aplicando os seus preceitos com clara prudência. Passemos a ver alguns casos que melhor explicam o que foi ressaltado até o momento.

3.2 Casos práticos: a aplicação do princípio da preservação da empresa pela justiça paulista

Quando se fala em princípio da preservação da empresa, talvez não consigamos apontar com perceptibilidade quais normas expressam esse valor imposto tanto pela Lei 11.101/05, quanto pela Carta Magna de 1988, bem como a sua efetividade. Todavia, quando analisamos os casos práticos, vemos com indiscutível clareza que tal princípio possui efetividade e que o mesmo permeia não apenas alguns dispositivos, mas sim toda a lei, e que em alguns casos, inclusive, os operadores do direito se veem obrigados a infringir a própria disposição legal para assim poder aplicar o princípio e conseqüentemente o bom direito.

Reproduziremos, neste tópico, exclusivamente as decisões tomadas pelo tribunal de justiça bandeirante, haja vista ser este o tribunal que mais nos reporta ao assunto. Sem embargos, cumpre-nos informar que esse entendimento não é adstrito a esse tribunal, e se mostra presente por todo o judiciário nacional, inclusive pelos tribunais superiores.

Vejamos alguns casos:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRAZO DE 180 DIAS ULTRAPASSADOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INVIABILIDADE – VALOR TRANSFERIDO AO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO QUANDO DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DO PLANO. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Uma vez deferido o processamento, ou aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo depois de decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/05. Princípio da preservação da empresa disposto no art. 47 do diploma legal e da igualdade de tratamento a todos os credores sujeitos aos efeitos da recuperação. Agravo improvido. (SÃO PAULO, 2014)

O art. 6º, § 4º da Lei nº 11.101/05 aponta que se for deferido a recuperação judicial, todas as ações movidas contra a empresa serão suspensas pelo prazo improrrogável de 180 dias. Porém, no caso em apreço o juízo *a quo* prorrogou o referido prazo, inviabilizando assim o cumprimento da execução. Em razão disso a exequente interpôs agravo de instrumento apontando que o juízo *a quo* teria violado o dispositivo expresso de lei, sendo que o tribunal, em sábia decisão, manteve o julgado proferido pelo juízo *a quo*, apontando que em razão da função social da empresa e da preservação da mesma, seria incabível o prosseguimento automático das execuções.

PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA – Princípio da preservação da empresa. Pedido de falência que não pode ser usado como instrumento para simples coerção do devedor. Finalidade social da LFR que não se limita à simples mecanismo para cobrança de dívidas. Falta de interesse processual.

Ademais, a parte apelante também não apresentou os protestos das duplicatas (art. 94, I, e § 3º, da Lei nº 11.101/05), apenas o pedido de protesto. RECURSO NÃO PROVIDO. (SÃO PAULO, 2013)

Neste outro caso, a apelante propôs ação de falência contra a apelada em razão de a mesma não ter pago quantia descrita nas duplicatas devidamente protestadas, razão esta suficiente, nos termos da Lei nº 11101/05 para a instauração do procedimento de falência.

O juiz *a quo* entendeu por bem extinguir o feito sem resolução de mérito, pois entendeu que não havia interesse processual para a efetiva prolação de decreto falimentar.

Inconformada, a autora apelou da decisão, e o juízo *ad quem* entendeu por bem manter a decisão do juízo de primeira instância, pois percebeu que restou demonstrado que o pedido de falência tinha nítido caráter de coerção para o pagamento da dívida existente, sendo que a LFR não se limita a simples mecanismo de cobrança, mas sim a proteção de credores e devedores, preservando a empresa.

A preservação da empresa também se dá de diversas outras formas, como por exemplo impedindo o corte de serviços essenciais. Nesse sentido:

Recuperação judicial. Fornecimento de água. Medida cautelar. Continuidade da prestação dos serviços de fornecimento. Distinção entre débitos novos e antigos – Continuidade da prestação do serviço condicionada ao pagamento pontual das contas vincendas e vencidas desde a data do pedido de recuperação judicial. Sentença mantida – Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2013)

No caso em apreço, a apelada havia proposto ação cautelar em face da apelante aduzindo que a mesma não poderia “cortar” o fornecimento de água em razão de débitos anteriores a recuperação judicial, sendo que o juízo *a quo* entendeu por bem acatar o pleito.

Inconformada a requerida apelou sustentando a legalidade da suspensão do fornecimento de água.

A 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial bandeirante entendeu por bem manter a decisão prolatada pelo juízo *a quo* ressaltando que por se tratar de um serviço fundamental (fornecimento de água) para o soerguimento da empresa, a mesma não pode ser simplesmente “cortada”. Ressaltou os julgadores de que os débitos pretéritos a recuperação judicial não podem ser exigidos para o fornecimento do serviço, pois os mesmos integram o montante em recuperação e será pago conforme expõe o plano.

Vejamos outro caso interessante:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de convalidação em falência, em virtude da rejeição do plano de recuperação pela maioria qualitativa dos credores quirografários, única classe de credores quirografários a deliberar. Cinco credores financeiros que se opuseram ao plano, em detrimento de outros quinze credores que o aprovaram. Descumprimento do quórum supletivo

(cramdown) previsto no art. 58, §1º, da Lei 11.101/05. Moderno entendimento dos tribunais no sentido de que cabe ao juiz intervir em situações excepcionais, quer para anular, quer para deferir planos de *recuperação judicial*. Ausente qualquer justificativa objetiva para rejeição do plano de recuperação, com ressalva de que os créditos financeiros são dotados de garantias pessoais dos sócios, que se encontram executados em vias próprias. Concordância do Administrador Judicial e dos representantes do Ministério Público em ambas as instancias com homologação do plano. Constatação de que os credores que rejeitaram o plano agiram em abuso de direito, na forma do artigo 187 do Código Civil. Rejeição de caráter ilícito, devendo prevalecer o princípio da preservação da empresa. Decisão mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2014).

Neste caso houve a interposição de agravo de instrumento pelo Banco Itaú S/A em face da decisão que homologou a recuperação judicial da empresa Distribuidora Carbonari Ltda.

Diz o agravante que o plano de recuperação foi concedido sem a aprovação da maioria dos credores nos termos dos arts. 45 e 58 da Lei n 11.101/05, pois 53,45% dos credores rejeitaram o plano de recuperação.

Quando da decisão do agravo, ficou ressaltado a peculiaridade do caso, onde existia apenas uma classe de credores, qual seja os quirografários (inexistiam credores trabalhistas e credores com garantias reais), e que apesar de não haver a aprovação qualitativa do plano, houve a aprovação quantitativa, já que houve a aprovação do plano por 15 credores e a rejeição por apenas 5.

Ressaltou o tribunal *ad quem* que, a rigor, deveria ter sido decretada a quebra da empresa, mas que em casos como este, o juiz pode intervir e deferir o plano de recuperação sem o quórum previsto em lei, haja vista as circunstâncias concretas do caso, bem como a constatação de abuso de direito por parte dos credores que haviam decidido pelo indeferimento do plano.

A importância da empresa em nossa sociedade ficou tamanha a ponto de que em certos casos são desrespeitados pelos magistrados os próprios mandamentos normativos, sempre levando em consideração os princípios que regem o instituto, os quais estão em consonância com os objetivos do estado brasileiro. Vejamos mais um caso onde é efetivamente aplicado os princípios da função social da empresa, bem como o da preservação da mesma, mesmo em desrespeito ao teor da lei:

Agravo de Instrumento. Empresa em recuperação judicial. Fato que, por si só, não gera o direito à suspensão da execução. Penhora de ativo financeiro, entretanto, deve ser suspensa a fim de manter a atividade econômica e dos postos de trabalho da Agravante. Observância dos princípios da função social e da preservação da empresa. Agravo provido (SÃO PAULO, 2012).

Nesse outro caso, a empresa Kazzo Confecções e Comércio de Artigos do Vestuário Ltda. (em recuperação judicial) interpôs agravo de instrumento da decisão do juízo *a quo* que havia indeferido o pedido de liberação da penhora *online* de seus ativos.

Tais penhoras haviam sido realizadas em favor do Estado de São Paulo em uma execução fiscal.

Quando do julgamento do agravo, o tribunal *ad quem* entendeu por bem reformar a decisão do juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que apesar de a lei apontar que somente é possível a suspensão da execução fiscal da empresa em recuperação nos casos de parcelamento da dívida, no caso em tela, ante a viabilidade comprovada da empresa e o teor do art. 47 da lei aplicável ao caso, seria prudente a liberação da penhora, sob pena de frustrar a recuperação que estava ocorrendo.

Portanto, pelos exemplos acima citados, ficou evidente que o princípio da preservação da empresa não é mero deleite do legislador, mas sim princípio efetivo e eficaz, que se corporifica na letra da lei e nas decisões tomadas pelos operadores do direito, em especial pelos magistrados, a fim de cumprir a finalidade de nosso país.

A lei 11.101/05 ao trazer no bojo de seu art. 47 os princípios da função social da empresa e da preservação da mesma, demonstrou de forma inequívoca qual era o devido tratamento que deveria ser dado as empresas, bem como ressaltou a importância delas no seio da sociedade como instituições de caráter social capazes de cumprir os preceitos traçados pelo constituinte em 1988, e os tribunais, atentos a esse direcionamento feito pela lei, vêm aplicando-a da forma devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual sistemática vivenciada pelo mundo, as empresas são consideradas importantes ferramentas de desenvolvimento, esta compreendida em todos os seus aspectos: desenvolvimento financeiro, econômico, social, cultural, etc., sendo que sem sombra de dúvidas a mesma já não pode mais ser vista com os olhos de antigamente. Em outras palavras, a empresa é uma instituição social essencial para a vida e o desenvolvimento da sociedade.

A figura do empresário/sociedade empresária, nessa sistemática ganhou contornos diferenciados. De simples direito de lucrar, surgiu o poder-dever de transformar a empresa em uma ferramenta para o cumprimento da existência do maior preceito do estado democrático de direito brasileiro, qual seja, criar uma sociedade mais justa e solidária.

Frente este panorama, inegável se torna a função social que a empresa possui e deve exercer, não podendo a mesma ser confundida com a simples filantropia ou trabalhos sociais, pois estes são apenas esporádicas ajudas que a empresa dá a sociedade. Função social, seria então, dar a destinação devida a empresa, cumprindo os preceitos existentes em todas as leis, além de agir de acordo com a moral, os bons costumes e com as necessidades humanas.

Sendo evidente o caráter social da empresa, mister se faz a sua preservação, já que se a instituição empresa é algo bom e essencial para a sociedade, há o nítido interesse em que a mesma continue a existir, de modo a continuar a cumprir a sua função social.

Todavia, o famigerado mundo capitalista e a busca incessante pelo lucro fazem com que as empresas em determinado momento passem por crises que podem vir acarretar a sua quebra e conseqüentemente o seu desaparecimento.

O Estado, com o fito de mitigar isso, bem como de regulamentar essa fase, editou a Lei nº 11.101/05, regulamentando a quebra da empresa (falência) da maneira a menos impactar a sociedade, bem como regulamentou o soergimento da mesma através das modalidades de recuperação (judicial e extrajudicial).

A preservação da empresa, que era e é de interesse social, passou a ser considerada princípio e constituiu a base de toda a modalidade de recuperação empresarial, em especial a recuperação judicial, que tem como parâmetro a viabilidade da mesma. Diga-se: Se a empresa possuir viabilidade para a superação da crise que enfrenta, deve-se aplicar a ela o instituto da recuperação judicial, pois assim estaríamos preservando a sua função social (a empresa continuaria a gerar postos de trabalho, a movimentar a economia, a contribuir para o fisco, etc.). Por outro lado, se isto não for possível, aplicar-se-á o instituto da falência.

Apesar da existência de dúvidas quanto a aplicabilidade e efetividade do princípio da preservação da empresa, basta-nos fazer uma simples análise no que a doutrina e principalmente a jurisprudência têm nos mostrado para concluirmos pela sua aplicabilidade.

Com efeito, tal princípio é eficaz e efetivo. A lei trouxe uma gama de normas que prestigiam a existência e continuidade da atividade empresarial, levando em consideração a sua importância ao desenvolvimento humanístico. Alinhado a estes fatos, temos que os tribunais também têm levado em consideração as benesses que essa importante instituição traz a sociedade para a fundamentação de seus julgamentos, sendo, inclusive, que em determinados casos proferem decisões contrárias ao próprio texto legal, quando o mesmo se torna obstáculo a recuperação de empresa que comprovadamente possui condições de continuar no mercado (viabilidade).

Assim, é indubitável que se está sendo cumprido por meio da recuperação judicial e do princípio da preservação da empresa, as finalidades de nosso Estado de direito, de progresso, justiça e fraternidade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Leud, 1997.

AMARAL, Rafael. **A função social da empresa diante da constitucionalização do direito**. [S.l.: s.n, s.d]. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10073&revista_caderno=8>. Acesso em: 23 jul. 2014.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11-101/05**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Hermenêutica constitucional**. Revista dos Tribunais. [S.l], vol. 1, p. 969, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148f2fd946da65d1f28&docguid=I45c4f250682111e181fe000085592b66&hitguid=I45c4f250682111e181fe000085592b66&spos=18&epos=18&td=4000&context=9&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Planalto. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. **Lei n. 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.299.981 – SP**. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Recorrido: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP – Massa Falida. Relator(a): Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29315>

681&sReg=201103040004&sData=20130916&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.166.600 – RJ**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: VARIG S/A Viação Aérea Rio Grandense. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25812975&sReg=200902253262&sData=20121212&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2014.

CARVALHO, Francisco José. **A função social do direito e a efetividade das normas jurídicas**. [S.I.: s.n., 17/11/2011]. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-do-direito-e-a-efetividade-das-normas-juridicas/7940>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito comercial, volume 3**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com a nova Lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **Desmitificando o “Elemento de Empresa” na atividade intelectual exercida pelo empresário**. [S.I.: s.n., 03/09/2013]. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/desmitificando-o-elemento-de-empresa-na-atividade-intelectual-exercida-pelo-empresario/11958>>. Acesso em: 23 out. 2013.

CORAÍNI JÚNIOR, Mário. **FINANÇAS PÚBLICAS e DIREITO FINANCEIRO Coleção UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM**. Marília: Letras Jurídicas, 2012.

DANTAS, Renata Marques Lima. **Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da lei de falências e recuperação de empresas**. Revista dos Tribunais Nordeste. [S.l.], v. 2/2013, p. 71, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=r1&srguid=i0ad818150000014875a7724e0db08421&docguid=I5f30fa4087e611e38481010000000000&hitguid=I5f30fa4087e611e38481010000000000&spos=34&epos=34&td=199&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 4: direito das coisas**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Função social da empresa**. Revista dos Tribunais. [S.l], vol. 857, p. 11, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600001487596761903dfde05&docguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=244&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: Direito das coisas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil esquematizado, volume I**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Adriano de oliveira. **A função social da empresa como instrumento de efetividade da recuperação empresarial**. 2013. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. **Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial**. Revista dos Tribunais. [S.l], vol. 63/2014, p. 131, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000148a0a61a22e7815651&docguid=Id9571100b0c311e38063010000000000&hitguid=Id9571100b0c311e38063010000000000&spos=15&epos=15&td=71&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2014.

MELO, José Patrício Pereira; MONTEIRO, Wesley Gomes. **A propriedade e sua função social: uma visão contemporânea do direito civil constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3976, mai. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28697>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRETTO, Alessandra Doumid Borges; NETO, Dary Pertto. **Função social, preservação da empresa e viabilidade econômica na recuperação de empresas**. [S.I.:s.n, s.d.] Disponível em: <<http://antares.ucpel.tche.br/ccjes/upload/File/artigo%20dary%20Alessandra.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2014.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e Preservação da Empresa**. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

REGISTRO. In: **Dicionário Michaelis**. Disponível em: <michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=registro>. Acesso em: 20 set. 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30. ed. Ver., atual., por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011.

RICCI, Henrique Cavalheiro. **Função social da empresa é valor e não norma jurídica**. [S.I.; s.n, 25/10/2012]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica>>. Acesso em 07 set. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Cível). **Apelação cível n. 70059235093**. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: Jayme Saltz, Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70059235093%26num_processo%3D70059235093%26codEmenta%3D5923461+%22fun%C3%A7%C3%A3o+social%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70059235093&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-08-2014&relator=Ney+Wiedemann+Neto>. Acesso em 31 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (19ª Câmara Cível). **Apelação cível n. 70035686708**. Recorrente: José Carlos Tedesco. Recorrido: Estad do Rio Grande do Sul; Geolink. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 18 out. 2011. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70035686708%26num_processo%3D70035686708%26codEmenta%3D4437252+%22&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8>

8&numProc=70035686708&comarca=Comarca+de+S%E3o+Francisco+de+Paula&dtJulg=18-10-2011&relator=Eug%EAnio+Facchini+Neto>. Acesso em: 14 set. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (35ª Câmara de Direito privado). **Agravo de instrumento n. 2096958-29.2014.8.26.0000**. Recorrente: Altamir Fabiano Leite. Recorrido: Locarapha Locadora de Veículos Ltda. Relator(a): José Malerbi. São Paulo, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7796051&cdForo=0&v|Captcha=mfyxf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação n. 0005775-94.2007.8.26.0278**. Recorrente: Maurano&Maurano Ltda. Recorrido: Rheicel Indústria Metalúrgica Ltda. Relator(a): Roberto Mac Cracken. São Paulo, 29 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6495096&cdForo=0>>. Acesso em: 2 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação n. 0010414-39.2010.8.26.0606**. Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. Recorrido: Cerâmica Gytoku Ltda. (em Recuperação judicial). Relator(a): Fortes Barbosa. São Paulo, 22 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6449728&cdForo=0>>. Acesso em 02 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento n. 0106661-86.2012.8.26.0000**. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Distribuidora Carbonari Ltda. Relator(a): Francisco Loureiro. São Paulo, 3 de julho de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7691981&cdForo=0>>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (3ª Câmara de Direito Público). **Agravo de Instrumento n. 0046238-63.2012.8.26.0000**. Recorrente: Kazzo Confecções e Comércio de Artigos do Vestuário Ltda. (em recuperação judicial). Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator(a): Marrey Uint. São Paulo, 17 de julho de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6035479&cdForo=0&v|Captcha=feytj>>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça (3ª Câmara de Direito Público). **Agravo de instrumento n. 2003194-86.2014.8.26.0000**. Recorrente: Rihab Darwiche Osman. Recorrida: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator(a): Marrey Uint. São Paulo, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7649181&cdForo=0&v|Captcha=edfyr>>. Acesso em: 12 set. 2014.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social.** Curitiba: Juruá, 2009.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. **A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1413, mai. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9874>>. Acesso em: 10 set. 2014.